

UiO • Det juridiske fakultet

Skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter

Kandidatnummer: 725

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17 812



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Behov for innleie og skilleets betydning og aktualitet	2
1.2.1	Behovet for innleid arbeidskraft	2
1.2.2	Skilleets betydning og aktualitet	2
1.3	Definisjon og begrepsavklaring	4
1.3.1	Definisjon av "utleie" og "innleie"	4
1.3.2	Begrepsavklaring	4
1.4	Avgrensninger	5
1.5	Videre fremstilling	6
2	HISTORISK UTVIKLING AV REGLENE OM ARBEIDSLEIE	8
3	LEGISLATIV BEGRUNNELSE FOR SKILLET	12
4	NÆRMERE OM SKILLET MELLOM VIKARBYRÅER OG PRODUKSJONSBEDRIFTER	14
4.1	Innledning	14
4.2	Formål bak bestemmelsene	14
4.2.1	Formål bak aml. § 14-12	14
4.2.2	Formål bak aml. § 14-13	15
4.3	Vilkårene i aml. § 14-13	19
4.3.1	Innledning	19
4.3.2	Utleie må skje innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse	19
4.3.3	Utleieaktiviteten må ikke overstige mer enn 50 prosent av utleierens fast ansatte	24
4.3.4	Virksomhetsbegrepet	27
4.4	Helhetsvurdering av virksomhetens art	29
4.4.1	Innledning	29
4.4.2	Forarbeidenes beskrivelser av vikarbyråer og produksjonsbedrifter.....	31

4.4.3	Utleiens omfang.....	32
4.4.4	Utleiens hyppighet.....	34
4.4.5	Hvor stor andel av virksomheten utleien utgjør	35
4.4.6	Andre momenter i helhetsvurderingen	36
4.4.7	Forholdet mellom momentene i helhetsvurderingen	46
4.5	Skal det foretas en individualisert eller generell vurdering av virksomhetens formål?. 47	
5	DE LEGE FERENDA.....	51
6	AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER.....	53
7	LITTERATURLISTE	55
7.1	Lover og forskrifter.....	55
7.2	EU-direktiver	55
7.3	Rettspraksis	55
7.4	Forarbeider	56
7.5	Juridisk litteratur	56
7.6	Andre kilder	57

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Adgangen til innleie av arbeidskraft i norsk rett reguleres uttømmende i arbeidsmiljøloven¹ (aml.) §§ 14-12 og 14-13. Aml. § 14-12 gjelder for "*virksomhet som har til formål å drive utleie*", og omfatter de typiske vikarbyråene. Aml. § 14-13 gjelder for "*virksomhet som ikke har til formål å drive utleie*", som gjerne omtales som ordinære virksomheter eller produksjonsbedrifter.² Virksomheter som har behov for arbeidskraft kan derfor leie inn arbeidstakere enten fra vikarbyråer eller fra produksjonsbedrifter. Mens det karakteristiske for vikarbyråer er at de har utleie av arbeidskraft som sin forretningsidé, er typiske kjennetegn ved produksjonsbedrifter at de har en annen næringsvirksomhet som sitt egentlige formål.³

Som regel vil det ikke by på særlige problemer å trekke et skille mellom virksomheter som har til formål å drive utleie og virksomheter som ikke har til formål å drive utleie.⁴ Ytterpunktene er de typiske vikarbyråene som driver forretningsmessig utleie på den ene siden, og produksjonsbedriftene som har egen næringsvirksomhet og som mer sporadisk tilbyr utleie av arbeidskraft på den andre siden.⁵ I praksis kan det imidlertid tenkes tilfeller der det oppstår problemer med hensyn til å trekke skillet, for eksempel fordi en produksjonsbedrift i varierende grad driver utleie og egen næringsvirksomhet på samme tid og det fremstår som uklart hva som er virksomhetens egentlige formål.⁶ Hvorvidt en virksomhet skal anses som et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift, vil derfor kunne variere over tid og være vanskelig å avgjøre. I denne oppgaven redegjøres det nærmere for vurderingen som skal foretas for å avgjøre om en virksomhet skal anses som et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift. Hensikten er å belyse hvor skillet mellom de to typer virksomheter går. Hovedproblemstillingen er når en virksomhet anses som et vikarbyrå som omfattes av aml. § 14-12, og når en virksomhet anses som en produksjonsbedrift som omfattes av aml. § 14-13.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

² Se f.eks. Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 49

³ Fougner mfl. (2013) s. 673

⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 43

⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 43-44

⁶ NOU 1998: 15 punkt 10.3.1

1.2 Behov for innleie og skillets betydning og aktualitet

1.2.1 Behovet for innleid arbeidskraft

Hovedregelen i norsk rett er at arbeidstaker skal ansettes i et fast ansettelsesforhold, jf. aml. § 14-9 første ledd. Dette innebærer at arbeidsavtalen inngås for et ubestemt tidsrom. Virksomheter innenfor de fleste bransjer vil imidlertid i perioder oppleve et økt behov for midlertidig fleksibel arbeidskraft, og arbeidsmiljøloven åpner derfor for at det i enkelte tilfeller kan inngås arbeidsavtaler for et bestemt tidsrom.⁷ Årsaken til et slikt behov kan være sesongmessige svingninger og kortvarige arbeidstopper, samt fravær av virksomhetens ansatte som følge av permisjoner, sykdom og ferie.⁸ For virksomheter som har et midlertidig behov for arbeidskraft, kan innleie være et godt alternativ til for eksempel kjøp av entrepriser/tjenester, overtid blant egne ansatte eller midlertidige ansettelser direkte i virksomheten.

1.2.2 Skilleets betydning og aktualitet

Vilkårene for innleie av arbeidskraft og rettsvirkningene ved ulovlig innleie er grunnleggende forskjellig avhengig av om virksomheten som leier ut arbeidskraft er et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift. Innleie fra et vikarbyrå er betinget av at virksomheten som leier inn arbeidskraft oppfyller vilkårene for midlertidig ansettelse i aml. § 14-9 første ledd, jf. aml. § 14-12 første ledd. Bestemmelsen i aml. § 14-13 om innleie fra produksjonsbedrifter er ikke knyttet til vilkårene for midlertidig ansettelse i aml. § 14-9. Innleie fra produksjonsbedrifter er i stedet tillatt dersom *"den innleide arbeidstakeren er fast ansatt hos utleier"*, jf. aml. § 14-13 første ledd. Vilkårene for innleie er derfor strengere dersom virksomheten som leier ut arbeidskraft er et vikarbyrå som faller inn under aml. § 14-12.

Ved ulovlig innleie fra et vikarbyrå, kan den innleide arbeidstakeren som hovedregel kreve fast ansettelse hos innleievirksomheten, jf. aml. § 14-14 første ledd. Et slikt krav på fast ansettelse er ikke konsekvensen av ulovlig innleie fra en produksjonsbedrift, ettersom den innleide

⁷ Aml. §§ 14-9 første ledd og 14-10 regulerer uttømmende adgangen til å inngå avtale om midlertidig ansettelse

⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

arbeidstakeren i henhold til aml. § 14-13 første ledd skal være fast ansatt hos utleievirksomheten og derfor ikke har et tilsvarende behov for fast ansettelse hos innleievirksomheten.⁹

Forskjellene i vilkårene for innleie og rettsvirkningene ved ulovlig innleie avhengig av om virksomheten som leier ut arbeidskraft er et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift, viser at det har stor betydning å trekke et skille mellom de to typer virksomheter.

Skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter har fått stor aktualitet etter at vikarbyrådirektivet¹⁰ ble gjennomført i norsk rett 1. januar 2013 i form av de nye likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c.¹¹ Den sentrale bestemmelsen er aml. § 14-12 a, som oppstiller et likebehandlingsprinsipp. Prinsippet innebærer at innleide arbeidstakere som er ansatt i et vikarbyrå, skal sikres tilsvarende lønns- og arbeidsvilkår som om de var fast ansatt hos innleievirksomheten. Virkeområdet for likebehandlingsreglene følger nettopp avgrensningen mellom aml. § 14-12 og § 14-13. Reglene omfatter bare innleie fra vikarbyrå etter aml. § 14-12. Innleie fra vikarbyråer som faller inn under aml. § 14-12, omfattes derfor både av retten til, på visse vilkår, å kreve fast ansettelse hos innleievirksomheten ved ulovlig innleie, jf. aml. § 14-14, og likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c. Derimot omfattes ikke innleie fra produksjonsbedrifter som faller inn under aml. § 14-13 verken av retten til å kreve fast ansettelse eller vikarbyrådirektivets norske gjennomføringsregler. Likebehandlingsreglene bringer derfor inn et nytt sett med rettsvirkninger som bare inntreffer dersom virksomheten som leier ut arbeidskraft er et vikarbyrå.

Høyesterett har nylig avsagt en dom som omhandler spørsmålet om et innleieforhold var omfattet av aml. § 14-12 eller § 14-13.¹² Dommen, som er den første for Høyesterett om dette temaet, viser at det i praksis kan være svært vanskelig å avgjøre om en virksomhet skal anses som et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift. Også dommen aktualiserer derfor skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter.

⁹ NOU 1998: 15 punkt 10.3.1

¹⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november 2008 om vikararbejde

¹¹ Tilføydd ved Lov 22. juni 2012 nr. 33 om endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere mv.)

¹² Rt. 2013 s. 1730, som det redegjøres nærmere for i punktene 4.4.6.2 og 4.5

1.3 Definisjon og begrepsavklaring

1.3.1 Definisjon av "utleie" og "innleie"

Arbeidsmiljøloven definerer ikke begrepet "innleie". Arbeidsmarkedsloven¹³ § 25 annet ledd bidrar imidlertid til forståelsen av begrepet gjennom en definisjon av begrepet "utleie". Utleie av arbeidstakere defineres i bestemmelsen som *"leie av arbeidstakere fra en arbeidsgiver (utleier) til en oppdragsgiver (innleier) der de innleide er underlagt oppdragsgivers ledelse"*. Bestemmelsen erstatter den tidligere sysselsettingsloven¹⁴ § 27, som det redegjøres nærmere for i punkt 2. Det fremgår av forarbeidene at begrepet innleie innholdsmessig er ment å dekke den samme situasjon som utleie.¹⁵ Innleie av arbeidstakere innebærer ut fra dette at utleierens ansatte stilles til innleierens disposisjon og er underlagt innleierens ledelse og instruksjon.¹⁶

1.3.2 Begrepsavklaring

I denne oppgaven vil jeg benytte betegnelsen "innleier" eller "innleievirksomhet" om den virksomhet som leier inn arbeidskraft, og "utleier" eller "utleievirksomheten" om den virksomhet som leier ut arbeidskraft. Utleievirksomheten vil også betegnes som henholdsvis "vikarbyrå" eller "produksjonsbedrift", i de tilfeller der drøftelsen konkret retter seg mot en av disse typer virksomheter.

Aml. § 14-12 benytter begrepet "bemanningsforetak" om utleievirksomheten, og ikke "vikarbyrå" som denne oppgaven benytter. Begrepene er innholdsmessig ment å dekke det samme.¹⁷ Det har derfor ingen rettslig betydning hvorvidt man kaller utleievirksomheten i aml. § 14-12 for et bemanningsforetak eller et vikarbyrå. Årsaken til at denne oppgaven benytter begrepet vikarbyrå, er at vikarbyråbegrepet tradisjonelt er det mest brukte i Norge. Blant annet benyttes

¹³ Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester

¹⁴ Lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting (opphevet ved lov 10. desember 2004 nr. 2004 om arbeidsmarkedstjenester)

¹⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 41

¹⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 41

¹⁷ Prop. 74 L s. 21

vikarbyråbegrepet gjennomgående i forarbeider til arbeidsmiljøloven¹⁸, i tillegg til at den uoffisielle norske oversettelsen av vikarbyrådirektivet benytter dette begrepet¹⁹.

Arbeidstaker som blir leid ut fra et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift for å arbeide i en annen virksomhet, vil noen ganger omtales som "utleid", og andre ganger som "innleid". Arbeidstaker vil være utleid fra et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift og innleid til en virksomhet. Når betegnelsen "utleid" brukes, er det for å presisere at det i den aktuelle sammenhengen er forholdet mellom arbeidstakeren og vikarbyrået eller produksjonsbedriften som behandles. I de tilfeller betegnelsen "innleid" brukes, er det for å presisere at det er forholdet mellom arbeidstakeren og innleievirksomheten som behandles.

1.4 Avgrensninger

Oppgavens tema er selve skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter. Bestemmelsene i aml. § 14-12 og § 14-13 vil derfor bare behandles i den grad de har direkte betydning for skillet. Dette innebærer at oppgaven ikke vil inneholde en nærmere redegjørelse for vilkårene for innleie, rettsvirkningene ved ulovlig innleie og likebehandlingsreglene enn det som fremgår av punkt 1.2.2.

Innleie medfører at det oppstår et trepartsforhold mellom den innleide arbeidstakeren, utleievirksomheten og innleievirksomheten, i motsetning til et ordinært topartsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Mellom den utleide arbeidstakeren og utleievirksomheten foreligger et regulært ansettelsesforhold, mens det foreligger et alminnelig kontraktsforhold mellom utleievirksomheten og innleievirksomheten.²⁰ Ettersom den innleide arbeidstakeren skal arbeide hos innleievirksomheten, oppstår også en tilknytning mellom disse. Trepartsforholdet reiser en rekke særskilte problemstillinger som ikke oppstår i et ordinært topartsforhold. Slike problemstillinger har ikke direkte betydning for skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter, og det avgrenses derfor mot en nærmere redegjørelse for disse.

¹⁸ Se f.eks. NOU 1998: 15 og Ot.prp. nr. 70 (1998-1999)

¹⁹ Se f.eks. vikarbyrådirektivet artikkel 3 nr. 1 bokstav b), som definerer "vikarbureau"

²⁰ Prop. 74 L s. 25

I mange tilfeller kan det være vanskelig å avgjøre om et oppdrag er innleie av arbeidskraft eller kjøp av oppdrag og tjenester, såkalt entreprise. Entreprise er i motsetning til innleie ikke regulert i arbeidsmiljøloven. Skillet mellom innleie og entreprise er derfor avgjørende for om arbeidsmiljølovens innleieregler overhodet kommer til anvendelse. I tillegg har det stor betydning for arbeidstakernes rettigheter om det foreligger et innleieforhold eller et entrepriseforhold. I denne oppgaven forutsettes det at det foreligger innleie av arbeidskraft, og det faller derfor utenfor oppgaven å drøfte skillet mellom innleie og entreprise.

Tjenestemannsloven²¹ gjelder for arbeidstakere i staten, i motsetning til arbeidsmiljøloven som gjelder for arbeidstakere i privat og kommunal sektor. Tjenestemannsloven § 3A og § 3E gir regler om innleie av arbeidskraft. Mens § 3A retter seg mot "*virksomhet som har til formål å drive utleie*", retter § 3E seg mot "*virksomhet som ikke har til formål å drive utleie*". I følge forarbeidene skal dette forstås på samme måte som i aml. § 14-12 og § 14-13²², hvilket tilsier at skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter er likt etter arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. Selv om det nærmere skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter som trekkes opp i denne oppgaven dermed vil være det samme etter de to lovene, vil oppgaven av praktiske årsaker bare redegjøre for arbeidsmiljølovens regler.

Arbeidsmarkedsloven § 27 har nærmere regler om krav til utleievirksomheter. Bestemmelsen skal blant annet hindre at utleievirksomheten begrenser arbeidstakeres muligheter til å ta arbeid hos innleievirksomheten etter at ansettelsesforholdet hos utleier er avsluttet. Ettersom oppgavens tema er skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter, avgrenses det mot en videre fremstilling av reglene i arbeidsmarkedsloven § 27.

1.5 Videre fremstilling

Skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter har lang tradisjon i Norge, og dagens innleieregler bygger på tidligere regler. Historikken er dermed nødvendig for fortolkningen av dagens regelverk om innleie av arbeidskraft, og spesielt for skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter. Det foretas derfor en kort redegjørelse for den historiske utviklingen av reglene om arbeidsleie først i denne oppgaven (punkt 2). Før det kan trekkes et skille mellom

²¹ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

²² NOU 1998: 15 punkt 12.4

de to typer virksomheter, er det hensiktsmessig å vite hva som er den legislative begrunnelsen for at det er forskjellige regler for de to typene virksomheter (punkt 3). I den videre fremstilling drøftes oppgavens hovedproblemstilling om når en virksomhet anses som et vikarbyrå og når en virksomhet anses som en produksjonsbedrift, herunder selve skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter (punkt 4). Innledningsvis i dette punktet redegjøres det for formålene bak aml. §§ 14-12 og 14-13. Formålene bidrar til å belyse hvilke situasjonene de to bestemmelsene skal ivareta, og får derfor direkte betydning for skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter. De mest sentrale elementene i punkt 4 er for det første de presiserende vilkårene i aml. § 14-13 som må være oppfylt for at en virksomhet kan anses for *"ikke å ha til formål å drive utleie"*, og for det andre den helhetsvurdering av virksomhetens art som forarbeidene oppstiller. I forlengelsen av dette foretas enkelte de lege ferenda-betraktninger om den lovgivningsteknikken som er valgt i relasjon til helhetsvurderingen (punkt 5). Til slutt foretas enkelte avsluttende betraktninger (punkt 6).

2 Historisk utvikling av reglene om arbeidsleie

Når det gjelder innleie av arbeidskraft og spesielt skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter, kan det være hensiktsmessig å redegjøre for historikken. Det er særlig to grunner til dette. For det første fordi dagens innleieregeler bygger på tidligere regler, og historikken derfor bidrar til fortolkningen av dagens regelverk. For det andre fordi forarbeidene begrunner den separate reguleringen av innleie fra henholdsvis vikarbyråer og produksjonsbedrifter slik:

*"Skillet har lang tradisjon i Norge, idet det i utgangspunktet har vært et absolutt forbud mot innleie av arbeidskraft fra vikarbyråer, mens det i praksis har vært en vid adgang til å få dispensasjon for innleie mellom tradisjonelle produksjonsvirksomheter."*²³

Skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter har altså lang tradisjon i norsk rett. Historikken bidrar derfor også til å forklare hvorfor dette skillet er oppstilt, samt hvordan skillet skal trekkes og hva det nærmere består i. Jeg vil nå redegjøre for historikken, for derved å vise relevansen av historikken i relasjon til dagens regelverk.

Utleie av arbeidskraft ble forbudt i 1971, og regulert i sysselsettingsloven (ssl.) § 27. Begrunnelsen for innføringen av forbudet var at det hadde skjedd en stor utvikling av utleievirksomheten, og at dette hadde medført betydelige ulemper.²⁴ Det ble blant annet vist til at utleiefirmaer tok arbeidstakere fra en bedrift ved å tilby høyere lønn, og deretter leide ut arbeidstakerne til den samme bedriften til en langt høyere pris.²⁵ Det måtte derfor i første rekke være samfunnets ansvar å dekke det arbeidskraftbehov bedrifter måtte ha.²⁶

Arbeidsutleie ble ikke definert i ssl. § 27, men bestemmelsen ble utformet slik at den forbød arbeidsutleie som ble utøvet på en bestemt måte. Hovedkriteriet for utleie av arbeidskraft ble i ssl. § 27 beskrevet som *"å stille egne ansatte til disposisjon for en oppdragsgiver når disse er*

²³ NOU 1998: 15 punkt 12.3

²⁴ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 12 og s. 29

²⁵ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 20

²⁶ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 12

underlagt oppdragsgivers ledelse". Det avgjørende var derfor om oppdragsgiveren, det vil si innleievirksomheten, hadde styrings- og instruksjonsrett overfor de innleide arbeidstakerne.²⁷

Forbudet mot utleie av arbeidskraft rettet seg mot alle typer virksomheter, og skilte derfor ikke mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter. Forbudet gjaldt imidlertid ikke utleie i enhver form. For at et forhold skulle karakteriseres som utleie av arbeidskraft krevde ssl. § 27 at oppdragsgiveren, det vil si innleievirksomheten, *"selv har tilsatte til å utføre arbeid av samme art eller driver en virksomhet hvor slikt arbeid inngår som et naturlig ledd"*. Utleie av arbeidskraft kunne dermed være lovlig dersom innleievirksomheten verken hadde eller burde ha ansatte til å utføre visse arbeidsoppgaver.²⁸

Ssl. § 27 satte forbud mot å *"drive virksomhet"* som leide ut arbeidskraft. Å *"drive"* slik virksomhet ble tolket dit hen at dersom en bedrift leide ut arbeidskraft sporadisk eller tilfeldig, så ble dette ikke rammet av forbudet.²⁹ Forbudet omfattet dermed bare den utleie av arbeidskraft som var en del av bedriftens ordinære virksomhet.³⁰ Selv om forbudet rettet seg mot alle typer virksomheter, var kjernen i forbudet likevel de typiske utleiefirmaene som drev forretningsmessig utleie og som i dag omfattes av aml. § 14-12.

Utleieforskriften³¹ oppstilte en rekke unntak fra forbudet mot utleie. § 1 gav generelle unntak på enkelte områder, blant annet innenfor kontorsektoren, der vikarbyråene allerede var etablert.³² På andre områder kunne det i henhold til utleieforskriften § 2 etter søknad gis dispensasjon fra forbudet. Ved vurderingen av søknader om dispensasjon etter § 2, skulle det i henhold til § 3 foretas en behovsvurdering. I vurderingen kunne det til en viss grad tas hensyn til utleievirksomhetens behov for utleie av arbeidskraft når dette var et alternativ til oppsigelse eller permittering.³³ Dette hensynet var lite praktisk for utleiefirmaer, ettersom disse drev utleie med sikte på å oppnå økonomisk profitt og uavhengig av overskudd på arbeidskraft. Hensynet

²⁷ Ot.prp. nr. 53 (1970-1971) s. 31

²⁸ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4

²⁹ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4

³⁰ NOU 1998: 15 punkt 5.1.4

³¹ Forskrift 20. april 1972 og 11. mars 1983 nr. 643 om unntak fra forbudet mot utleie av arbeidskraft

³² NOU 1998: 15 punkt 10.2.1

³³ NOU 1998: 15 punkt 5.1.5

var derfor særskilt rettet mot produksjonsbedrifter, og dispensasjonsregelen var dermed mest praktisk for slike virksomheter.

Et annet unntak fra forbudet fremgikk av utleieforskriften § 9, som ga arbeidsgiverforeninger for en gruppe bedrifter adgang til å etablere en pool-ordning for utleie av arbeidskraft. Formålet med etablering av pool-ordninger var i henhold til § 9 første ledd annet punktum "*særlig å redusere omfanget av oppsigelser og permitteringer ved mangel på oppdrag, og gjøre det mindre formålstjenlig å benytte overtid for å løse kapasitetsproblem*". § 9 bokstav f oppstilte krav om at bedrifter som deltok i pool-ordninger, måtte drive egenproduksjon ved siden av utleie. I tillegg la bestemmelsen begrensninger på hvor mange ansatte som til enhver tid kunne leies ut. Bedrifter med inntil 50 ansatte kunne leie ut inntil 20 % av sine ansatte, mens bedrifter med over 50 ansatte kunne leie ut inntil 50 % av sine ansatte. Pool-ordningen var derfor rettet mot typiske produksjonsbedrifter som hadde egenproduksjon som sitt egentlige formål.

I 2000 ble forbudet mot utleie i ssl. § 27 opphevet, blant annet fordi regelverket ble ansett for å inneholde en rekke svakheter.³⁴ Adgangen til utleie ble generelt tillatt, mens adgangen til innleie av arbeidskraft ble underlagt begrensninger.³⁵ Reguleringen av arbeidsleie ble derfor flyttet fra sysselsettingsloven til daværende arbeidsmiljølov.³⁶ Det ble foretatt en separat regulering av innleie fra vikarbyråer og ut- og innleie mellom virksomheter som ordinært ikke driver utleie.³⁷ Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie, typisk vikarbyråer, ble regulert i ny § 55 K, mens innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie ble regulert i ny § 55 L.³⁸ De nåværende reglene om innleie av arbeidskraft i aml. §§ 14-12 og 14-13 er en videreføring av disse bestemmelsene.

Samlet viser dette at dagens innleieregler som skiller mellom innleie fra henholdsvis vikarbyråer i aml. § 14-13 og produksjonsbedrifter i aml. § 14-13, har sin bakgrunn i et skille som

³⁴ NOU 1998: 15 punkt 10.2.4

³⁵ NOU 1998: 15 punkt 10.3.1

³⁶ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (opphevet ved lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.)

³⁷ NOU 1998: 15 punkt 10.3.1

³⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 40

oppstod allerede under perioden med forbud mot utleie av arbeidskraft. Selv om de tidligere reglene ikke oppstilte et formelt skille mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter, ble det i praksis trukket et slikt skille. Utleiefirmaers virksomhet lå i kjernen av utleieforbudet, og hadde begrensede muligheter til å få unntak. Produksjonsbedrifter fikk på sin side i praksis en videre utleieadgang, ved at både dispensasjonsregelen og pool-ordningen åpnet for å ta hensyn til behovet for utleie når dette var et alternativ til oppsigelse eller permittering. Det ble derfor trukket et skille mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter fordi produksjonsbedrifter i enkelte tilfeller hadde større behov for utleie av arbeidskraft, og dermed fikk en videre utleieadgang enn vikarbyråer. Historikken bidrar til å forklare hvorfor det er trukket et skille mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter, samt hvordan det skal trekkes og hva det nærmere består i. I tillegg viser denne gjennomgangen at dagens innleieregeler bygger på tidligere regler. Historikken trekkes derfor inn enkelte steder i oppgaven for å bidra til fortolkningen av dagens regelverk.

3 Legislativ begrunnelse for skillet

Aml. § 14-12 og § 14-13 regulerer innleie fra henholdsvis vikarbyråer og produksjonsbedrifter. Det fremgår av forarbeidene at: *"Begrunnelsen for dette hovedskillet mellom virksomheter er først og fremst at vernehensynene er grunnleggende forskjellig"*.³⁹ Hovedregelen i norsk rett er at arbeidstaker skal være fast ansatt, jf. aml. § 14-9 første ledd. Ettersom innleie er en måte for virksomheter å skaffe seg midlertidig arbeidskraft på, vil en vid innleieadgang uthule prinsippet om fast ansettelse. Av hensyn til arbeidstaker som leies ut må det derfor foreligge begrensninger for når ut- og innleie skal kunne skje.⁴⁰ Dersom den utleide arbeidstakeren derimot allerede har et fast ansettelsesforhold i en produksjonsbedrift, slik aml. § 14-13 krever, er det mindre fare for uthuling av prinsippet om fast ansettelse, og dermed mindre grunn til å oppstille begrensninger.⁴¹ Arbeidstaker som leies ut fra en produksjonsbedrift har derfor i liten grad behov for det vernet som aml. § 14-9 gir.

Ved utleie fra vikarbyrå i medhold av aml. § 14-12, er det ikke et krav at arbeidstakeren har fast ansettelse hos vikarbyrået. Hovedregelen om fast ansettelse gjelder imidlertid også for arbeidstakere i vikarbyråer, og midlertidig ansettelse kan bare skje i den grad vilkårene for dette er oppfylt. Arbeidstakeren har krav på fast ansettelse dersom vikarbyrået har et fast og løpende behov for arbeidskraften, noe som er normalsituasjonen i vikarbyråer ettersom de driver forretningsmessig utleie.⁴² Arbeidstakere i vikarbyråer har derfor normalt sett i liten grad et behov for det vernet som aml. § 14-9 gir, og forskjellen i vernehensyn er dermed ikke begrunnet i vikarbyråansattes vernebehov.

Hovedgrunnen til skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter er begrunnet i at arbeidstakere i den virksomhet som leier *inn* arbeidskraft fra et vikarbyrå har et særskilt behov for vern. Innleie av arbeidskraft og midlertidig ansettelse er alternative måter for virksomheter å dekke et behov for korttidsarbeidskraft.⁴³ I prinsippet kan ethvert behov for korttidsarbeidskraft konstrueres som et innleiebehov, og en vesentlig videre adgang til innleie enn midlerti-

³⁹ NOU 1998: 15 punkt 12.3

⁴⁰ NOU 1998: 15 punkt 12.3

⁴¹ NOU 1998: 15 punkt 12.3

⁴² NOU 1998: 15 punkt 5.2.1.3

⁴³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

dig ansettelse kan føre til omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse.⁴⁴ Slik omgåelse kan typisk skje ved at virksomheten leier inn arbeidskraft i stedet for å ansette direkte i virksomheten. For å forhindre at virksomheter leier inn arbeidskraft i stedet for å ansette midlertidig og at reglene om midlertidig ansettelse omgås, må vilkårene for innleie og midlertidig ansettelse derfor være de samme.

Skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter er derfor begrunnet i at det foreligger forskjellige vernebehov, ved at arbeidstakere i en virksomhet som leier inn arbeidskraft fra et vikarbyrå har et større behov for beskyttelse enn arbeidstakere i produksjonsbedrifter som har et lovbestemt krav på fast ansettelse hos utleievirksomheten og arbeidstakere i vikarbyråer som normalt sett har krav på fast ansettelse i henhold til hovedregelen i aml. § 14-9.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

4 Nærmere om skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter

4.1 Innledning

Aml. § 14-12 gjelder for *"virksomhet som har til formål å drive utleie"*, det vil si vikarbyråene. Aml. § 14-13 gjelder for *"virksomhet som ikke har til formål å drive utleie"*, og omfatter produksjonsbedriftene. Når det nærmere skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter skal trekkes, blir derfor nøkkelspørsmålet om den aktuelle virksomheten *"har til formål å drive utleie"*.

Ordlyden i aml. § 14-12 gir ingen veiledning med hensyn til hva som ligger i vilkåret om at en virksomhet har til formål å drive utleie. Aml. § 14-13 første ledd inneholder derimot en presisering gjennom to vilkår av hva det vil si at en virksomhet *ikke* har til formål å drive utleie, og bestemmelsens virkeområde er således positivt avgrenset. Konsekvensen av dette er at virkeområdet til aml. § 14-12 er negativt avgrenset, slik at aml. § 14-13 får direkte betydning for tolkningen av aml. § 14-12. Ved avgjørelsen av spørsmålet om hvorvidt en virksomhet *"har til formål å drive utleie"*, vil det naturlige utgangspunkt derfor være å ta stilling til om vilkårene i aml. § 14-13 første ledd er oppfylt.

Før jeg drøfter vilkårene i aml. § 14-13, vil jeg se nærmere på formålene bak aml. §§ 14-12 og 14-13. Årsaken til dette er at formålene bidrar til å belyse hvilke situasjoner som ivaretas gjennom bestemmelsene. Formålene får dermed betydning for spørsmålet om en virksomhet *"har til formål å drive utleie"*, og er derfor direkte relevant for skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter.

4.2 Formål bak bestemmelsene

4.2.1 Formål bak aml. § 14-12

Aml. § 14-12 omfatter innleie fra vikarbyråer som typisk har som sin forretningsidé å tilby utleie av arbeidskraft. Spørsmålet er hva som er formålet bak bestemmelsen.

Som det er redegjort for i punkt 3, er innleie av arbeidskraft og midlertidig ansettelse alternative måter for virksomheter å dekke et behov for korttidsarbeidskraft. Videre fremgår det der

at fordi ethvert slikt behov i prinsippet kan konstrueres som et innleiebehov, og en vesentlig videre adgang til innleie enn midlertidig ansettelse derfor kan føre til omgåelse av reglene om midlertidig ansettelse, må vilkårene for innleie fra vikarbyråer og midlertidig ansettelse være de samme. Harmoniseringen av reglene for innleie fra vikarbyråer og midlertidig ansettelse bidrar derfor til å ivareta lovens utgangspunkt om at fast ansettelse i et topartsforhold skal være det normale.⁴⁵ Formålet bak aml. § 14-12 er dermed å forhindre at reglene om midlertidig ansettelse uthules, slik at hovedregelen om fast ansettelse og arbeidstakernes stillingsvern ivaretas.

4.2.2 Formål bak aml. § 14-13

Aml. § 14-13 omfatter innleie fra produksjonsbedrifter som har egenproduksjon av varer eller tjenester som sitt egentlige formål. Spørsmålet er hva som er formålet bak aml. § 14-13.

Det fremgår av forarbeidene at:

"... intensjonen med bestemmelsen [er] å regulere de situasjoner der en virksomhet har behov for å låne ut arbeidskraft som alternativ til oppsigelse eller permittering, eller der utleie kun skjer sporadisk." (min tilføyelse)⁴⁶

Uttalelsen tilsier at hensikten med aml. § 14-13 er å regulere situasjoner der en virksomhet står overfor en nedgang i oppdragsmengden, og har behov for å leie ut arbeidstakere som et alternativ til permittering eller oppsigelse. Sammenliknet med permittering innebærer utleie en samfunnsøkonomisk besparelse.⁴⁷ I tillegg er utleie et mindre drastisk, og for arbeidstakeren gunstigere, alternativ til permittering og oppsigelse. For å redusere omfanget av oppsigelser og permitteringer, er det derfor ønskelig med en relativt vid adgang til ut- og innleie mellom produksjonsbedrifter.⁴⁸ Dette ønsket er ivaretatt gjennom de liberale innleiereglene i aml. § 14-13, og kravet om fast ansettelse som oppstilles i bestemmelsen gjør det mindre betenkelig med en videre adgang til ut- og innleie. Formålet med aml. § 14-13 er dermed å ivareta

⁴⁵ NOU 1998: 15 punkt 10.3.1

⁴⁶ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50

⁴⁷ NOU 1998: 15 punkt 10.2.2

⁴⁸ NOU 1998: 15 punkt 10.2.2

utleievirksomhetens behov for å leie ut sine arbeidstakere til en annen arbeidsgiver i perioder med nedgang i oppdragsmengden. Formålet bak aml. § 14-13 er derfor et helt annet enn formålet bak aml. § 14-12, som er å forhindre uthuling av reglene om midlertidig ansettelse og dermed å ivareta hovedregelen om fast ansettelse i aml. § 14-9.

Som nevnt i punkt 2 om arbeidsleiereglens historiske utvikling, åpnet både dispensasjonsregelen og pool-ordningen, som representerte unntak fra forbudet mot utleie, for å ta et visst hensyn til utleievirksomhetens behov for utleie av arbeidskraft når dette var et alternativ til oppsigelse eller permittering. Spørsmålet er om angivelsen av formålet bak aml. § 14-13 er en konsekvens av denne praktiseringen. Forarbeidene knytter ikke formålet bak aml. § 14-13 direkte til praktiseringen av dispensasjonsregelen og pool-ordningen i forbudsperioden, hvilket taler mot at formålet bak aml. § 14-13 er en konsekvens av praktiseringen. Samtidig innebar de tidligere reglene at produksjonsbedrifter i praksis hadde en videre utleieadgang enn vikarbyråer. I dag er vilkårene for innleie mer liberale etter produksjonsbedriftsbestemmelsen i aml. § 14-13, blant annet fordi bestemmelsen nettopp ivaretar behov for utleie som alternativ til oppsigelse eller permittering, slik at produksjonsbedrifters videre utleieadgang er videreført i aml. § 14-13. Det foreligger derfor holdepunkter for å tro at formålet bak aml. § 14-13 er innført som en konsekvens av praktiseringen av de tidligere reglene, selv om dette ikke fremgår eksplisitt av forarbeidene.

De ovennevnte uttalelsene i forarbeidene om intensjonen med aml. § 14-13, trekker isolert sett i retning av at det bare er utleievirksomhetens behov for alternativ sysselsetting for sine arbeidstakere i perioder med nedgang i oppdragsmengden som ivaretas gjennom bestemmelsen. På bakgrunn av andre uttalelser i forarbeidene, må det imidlertid undersøkes om det også ligger andre formål bak aml. § 14-13.

I forbindelse med utformingen av daværende aml. § 55 L, nåværende § 14-13, uttaler forarbeidene at modellen i daværende aml. § 55 K, nåværende § 14-12, som kobler sammen adgangen til innleie fra vikarbyrå med adgangen til midlertidig ansettelse, vil være for restriktiv til å dekke opp de situasjoner som kan oppstå med hensyn til ut- og innleie mellom produksjonsbedrifter.⁴⁹ Som eksempel viser forarbeidene til at modellen

⁴⁹ NOU 1998: 15 punkt 10.3.1

"... vil ikke være egnet for virksomheter som ønsker å leie ut sine ansatte som alternativ til oppsigelse eller permittering og for virksomheter som ønsker å leie inn arbeidstakere som alternativ til manglende spisskompetanse, utførelse av rammekontrakter m.v." (min utheving)

50

Jeg tolker denne uttalelsen dit hen at fordi slike situasjoner ikke ville passe inn i modellen i aml. § 14-12, var det ønskelig at aml. § 14-13 ble utformet slik at den ivaretok slike situasjoner. Som eksempler på situasjoner som ikke vil passe inn i modellen i aml. § 14-12, trekker forarbeidene frem både utleie som alternativ til oppsigelse eller permittering og innleie som alternativ til manglende spisskompetanse. Dette tilsier at både utleie av arbeidstakere som alternativ til oppsigelse eller permittering og innleie av arbeidstakere som alternativ til manglende spisskompetanse er situasjoner som begrunner ut- og innleie mellom produksjonsbedrifter. Dette kan tilsi at aml. § 14-13 også skal ivareta situasjoner der en virksomhet har behov for å leie inn arbeidskraft som alternativ til manglende spisskompetanse. Også uttalelser i senere forarbeider tyder på at behov for manglende spisskompetanse ivaretas gjennom aml. § 14-13. Om bestemmelsens virkeområde fremgår det at:

"Ved innleie fra virksomheter som ikke har til formål å drive utleie (ordinære virksomheter eller produksjonsbedrifter) gjelder særskilte og mer liberale regler, jf. § 14-13. Det typiske er produksjonsvirksomheter innen verksteds- og oljeindustrien som ved svingninger i markedet kan ha behov for å kunne tilby sine arbeidstakere sysselsetting hos annen arbeidsgiver som et alternativ til for eksempel oppsigelse eller permittering. Inn- og utleie etter denne bestemmelsen brukes også for å dekke behov for etterspurt spisskompetanse, blant annet i konsulentfirma innen engineering, teknisk konsulentvirksomhet og IKT." (min utheving) ⁵¹

Samlet indikerer disse uttalelsene at formålet bak aml. § 14-13 er todelt. Dels skal den ivareta utleievirksomhetens behov for alternativ sysselsetting, dels skal den ivareta innleievirksomhetens behov for etterspurt spisskompetanse. Samtidig tilsier den siterte forarbeidsuttalelsen innledningsvis i dette punktet at intensjonen med aml. § 14-13 bare er å ivareta utleievirk-

⁵⁰ NOU 1998: 15 punkt 10.3.1

⁵¹ Ot.prp. nr. 56 (2006-2007) s. 17

somhetens behov for alternativ sysselsetting, slik at dette behovet er det eneste formålet bak aml. § 14-13 som forarbeidene eksplisitt trekker frem. Sammenliknet med denne uttalelsen fremstår uttalelsene om at aml. § 14-13 også brukes for å dekke behov for etterspurt spisskompetanse bare som beskrivelser av hvilke *situasjoner* som begrunner ut- og innleie etter aml. § 14-13. Det at enkelte situasjoner kan begrunne ut- og innleie etter aml. § 14-13, innebærer ikke nødvendigvis at slike situasjoner dermed utgjør formål bak aml. § 14-13. Årsaken til at forarbeidene bare trekker frem utleievirksomhetens behov for alternativ sysselsetting som en situasjon aml. § 14-13 skal ivareta, kan imidlertid være at dette er den mest praktiske situasjonen som begrunner ut- og innleie etter bestemmelsen. Historisk sett er det også denne situasjonen som typisk har begrunnet ut- og innleie mellom produksjonsbedrifter, og som har medført at produksjonsbedrifter har hatt en videre utleieadgang enn vikarbyråer.⁵² Det kan derfor også være historiske årsaker til at forarbeidene bare trekker frem behovet for alternativ sysselsetting som en situasjon aml. § 14-13 skal ivareta. Selv om forarbeidene bare trekker frem behovet for alternativ sysselsetting som et formål bak aml. § 14-13, er det ut fra dette ikke nødvendigvis slik at bestemmelsen ikke skal ivareta andre formål. Det forhold at forbudet mot utleie av arbeidskraft i ssl. § 27 ikke rammet den form for utleie som var begrunnet i at innleier verken hadde eller burde ha ansatte til å utføre visse arbeidsoppgaver, innebar at utleie kunne være lovlig dersom innleier hadde behov for manglende spisskompetanse.⁵³ Siden dagens innleieregler bygger på det tidligere regelverket, indikerer dette at behovet for manglende spisskompetanse ivaretas gjennom dagens regler selv om det ikke fremgår eksplisitt av forarbeidene. Uttalelsen i forarbeidene om at aml. § 14-12 vil være for restriktiv til å ivareta en situasjon der en virksomhet har behov for å leie inn arbeidskraft som et alternativ til manglende spisskompetanse, tilsier at en slik situasjon skal omfattes av aml. § 14-13 og derfor også ivaretas gjennom bestemmelsen. Etter min mening tilsier dette at formålet bak aml. § 14-13 også er å ivareta innleievirksomhetens behov for manglende spisskompetanse.

⁵² Se oppgavens punkt 2

⁵³ Se oppgavens punkt 2

4.3 Vilrårene i aml. § 14-13

4.3.1 Innledning

Jeg går nå over til å drøfte vilrårene i aml. § 14-13 som må være oppfylt for at en virksomhet skal sies ikke å ha til formål å drive utleie. Spørsmålet er når en virksomhet *"ikke har til formål å drive utleie"*, og således faller inn under aml. § 14-13. Dette er sentralt i vurderingen av hvor skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter går, ettersom virksomheter som ikke oppfyller vilrårene i aml. § 14-13, faller inn under aml. § 14-12 og således *"har til formål å drive utleie"*.

Ordlyden i aml. § 14-13 første ledd annet punktum er som følger:

"For at virksomheten skal sies ikke å ha til formål å drive utleie, er det et vilkår at utleie skjer innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse og at utleieaktiviteten ikke omfatter mer enn 50 prosent av de fast ansatte hos utleier."

Det stilles således visse krav til utleievirksomheten for at den skal anses for ikke å ha til formål å drive utleie. For det første må utleien skje innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse. For det andre må utleieaktiviteten ikke overstige mer enn 50 prosent av utleierens fast ansatte. I punktene 4.3.2 og 4.3.3 drøfter jeg disse vilrårene nærmere. Vilrårene relaterer seg til *"virksomheten"*, og det må derfor i tillegg klarlegges nærmere hva som ligger i dette begrepet. Dette gjøres i punkt 4.3.4.

4.3.2 Utleie må skje innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse

4.3.2.1 Formålet med vilråret

Det første vilråret i aml. § 14-13 som må være oppfylt for at en virksomhet kan anses for ikke å ha til formål å drive utleie, er at *"utleie skjer innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse"*. Spørsmålet er hvorfor en virksomhet bare kan leie ut arbeidstakere innenfor de fagområder som utgjør hovedbeskjeftigelsen.

Ordlyden gir ingen veiledning, og spørsmålet er heller ikke berørt i forarbeidene. Skarning hevder at formålet med vilråret er å forhindre at en produksjonsbedrift setter opp vikarbyråak-

tivitet som en selvstendig del av egen virksomhet, og lar denne vikarbyråaktiviteten nyte godt av de liberale reglene som gjelder for produksjonsbedrifter.⁵⁴ Det gis ingen ytterligere begrunnelse for dette, og det er ikke underbygget med andre rettskilder. Skarnings forståelse av formålet med vilkåret kan tolkes dit hen at en virksomhet som har organisert utleieaktiviteten på en slik måte, i realiteten likner på den virksomhet de tradisjonelle vikarbyråene driver.⁵⁵ Det er derfor mer nærliggende å karakterisere virksomheten som et vikarbyrå, slik at det foreligger omgåelse av de strengere reglene for vikarbyråene når utleien er organisert som en selvstendig del av virksomheten og nyter godt av de liberale reglene som gjelder for produksjonsbedrifter. Skarnings syn kan dermed forstås dit hen at vilkåret skal forhindre omgåelse av de strengere reglene som gjelder for vikarbyråer, og særlig likebehandlingskravet i aml. § 14-12 a.

Som et alternativ til Skarnings syn på formålet med vilkåret, kan det etter min mening argumenteres for at vilkåret skal ivareta arbeidstakernes stillingsvern og dermed også hovedregelen om fast ansettelse. Uten vilkåret om at utleie bare kan skje innenfor hovedbeskjeftigelsen, vil utleieaktiviteten kunne utvikle seg til et selvstendig forretningsområde i virksomheten. Utleieaktiviteten vil i et slikt tilfelle kunne få et større omfang enn hovedbeskjeftigelsen, slik at det blir færre jobber innenfor hovedbeskjeftigelsen. Flere arbeidstakere vil dermed bare arbeide innenfor utleieaktiviteten, og ofte bare ansettes for å leies ut. Dersom slike arbeidstakere ikke får flere utleieoppdrag og derfor går tilbake til utleievirksomheten, har de ingen stilling innenfor hovedbeskjeftigelsen å gå tilbake til. Arbeidstakerne vil antakeligvis heller ikke kunne tilbys en annen stilling innenfor egenproduksjonen, fordi det er færre jobber innenfor hovedbeskjeftigelsen og disse forbeholdes arbeidstakere som allerede arbeider innenfor denne. Selv om utleide arbeidstakere i henhold til aml. § 14-13 skal være fast ansatt, blir stillingsvernet for slike arbeidstakere derfor lite reelt. Vilket bidrar til at hovedbeskjeftigelsen utgjør den største andelen av virksomheten og dermed at det er flere jobber for de ansatte innenfor denne. På denne måten blir det lettere for utleide arbeidstakere å få jobb innenfor hovedbeskjeftigelsen, samtidig som flertallet av arbeidstakerne har stillingsvernet tilknyttet hovedbeskjeftigelsen.

⁵⁴ Skarning (2013) s. 107

⁵⁵ I punkt 4.4.6.4 redegjøres det nærmere for ulike måter å organisere utleieaktiviteten i virksomheten på, og hvilken betydning dette kan få for spørsmålet om en virksomhet har til formål å drive utleie

4.3.2.2 Vilkårets nærmere innhold

Aml. § 14-13 krever at utleien skjer innenfor de fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse. Begrepet "*hovedbeskjeftigelse*" fremstår som et nøkkelbegrep for forståelsen av vilkåret, ettersom utleieadgangen kobles til dette begrepet. Spørsmålet er hva "*hovedbeskjeftigelse*" er, og dermed hva som ligger i vilkåret.

En språklig forståelse av begrepet "*hovedbeskjeftigelse*" trekker i retning av den aktivitet som hovedsakelig sysselsetter arbeidstakerne i virksomheten, og som kan sies å utgjøre virksomhetens hovedformål. Ordlyden tilsier at virksomheten kan sysselsette arbeidstakere innenfor en rekke fagområder, som til sammen utgjør hovedbeskjeftigelsen. Ettersom vilkåret innebærer at utleie bare kan skje innenfor fagområdene under hovedbeskjeftigelsen, tilsier dette at virksomhetens hovedbeskjeftigelse må være en annen enn utleieaktivitet. Dersom virksomhetens hovedbeskjeftigelse er utleie, må virksomheten derfor anses for å ha til formål å drive utleie og falle inn under aml. § 14-12.

Vilkåret innebærer at den type arbeid den utleide arbeidstakeren skal utføre hos innleievirksomheten, må ligge innenfor utleievirksomhetens hovedbeskjeftigelse. For eksempel kan en virksomhet som har IT-leveranser som hovedbeskjeftigelse, og som leverer tjenester innenfor fagområdene systemutvikling, nettverk og support, bare leie ut arbeidstakere innenfor et eller flere av disse fagområdene for at vilkåret skal være oppfylt og virksomheten kan anses for ikke å ha til formål å drive utleie. Skjer derimot utleien utenfor disse fagområdene, er vilkåret ikke oppfylt og virksomheten anses for å ha til formål å drive utleie.

LG-2012-25739 gjaldt blant annet spørsmålet om et innleieforhold var omfattet av aml. § 14-12 eller § 14-13. Saken omhandlet en IT-tekniker som var ansatt i YIT Buildings AS, som er leverandør av tekniske bygginstallasjoner og blant annet har IKT som fagområde. Fra første ansettelsesdag var arbeidstakeren leid ut til Statoil ASA for å arbeide med IT-oppgaver. I den konkrete vurderingen la lagmannsretten til grunn en snever forståelse av vilkåret om at utleien må skje innenfor de fagområder som utgjør hovedbeskjeftigelsen, og kom til at innleieforholdet var omfattet av aml. § 14-12. Saken ble anket til Høyesterett, og Høyesterett fulgte ikke

opp lagmannsrettens vurdering av vilkåret.⁵⁶ Lagmannsrettssaken illustrerer likevel at det i enkelte tilfeller kan være aktuelt å legge en snevrere forståelse av vilkåret til grunn. Om vilkåret uttalte lagmannsretten:

"Han skiller seg fra andre ansatte i YIT da hans tjenester er spesialtilpasset Statoils særskilte behov. YIT leverer ikke tilsvarende tjenester til andre oppdragstakere og kan ikke tilby en tilsvarende stilling til Johnsen etter at applikasjonssenteret nå er nedlagt. Vi er altså utenfor de fagområder der YIT har sin hovedbeskjeftigelse. Riktignok har YIT som fagområde IKT, men lagmannsretten forstår at denne virksomheten retter seg mot anskaffelser og teknisk vedlikehold av datautstyr av tilsvarende karakter som de tjenester "Servicesenteret" tilbyr Statoil i Harstad."

Retten nøyde seg ikke med å konstatere at arbeidstakeren generelt sett arbeidet innenfor et fagområde som utgjorde YITs hovedbeskjeftigelse, men foretok en konkret vurdering av hva fagområdet rettet seg mot og sammenholdt dette med det arbeidet arbeidstakeren hadde utført. Selv om YIT hadde IKT som fagområde, hadde arbeidstakeren utført spesifikke tjenester basert på Statoils behov og ikke arbeidet innenfor anskaffelser og teknisk vedlikehold av datautstyr, som var det fagområdet rettet seg mot. Retten viste i tillegg til at YIT ikke leverte tilsvarende tjenester som arbeidstakeren hadde arbeidet med hos Statoil til andre oppdragsgivere, og at vedkommende heller ikke kunne tilbys en tilsvarende stilling i YIT. Resultatet ble derfor at utleien lå utenfor de fagområder der YIT hadde sin hovedbeskjeftigelse, slik at YIT ble ansett for å ha til formål å drive utleie.

Ettersom Høyesterett ikke fulgte opp problemstillingen, kan det være grunn til å utvise forsiktighet med hensyn til å generalisere fra dommen. Samtidig illustrerer saken at en slik konkret vurdering kan bidra til å avdekke eventuelle forsøk på omgåelse av de strengere innleiereglene i aml. § 14-12. Som et ledd i dette må det være anledning til å vurdere om utleievirksomheten leverer tilsvarende tjenester til andre oppdragstakere, og/eller kan tilby den utleide arbeidstakeren en tilsvarende stilling som den vedkommende har hatt i innleievirksomheten.

⁵⁶ Rt. 2013 s. 1730, som gjennomgås nærmere i punktene 4.4.6.2 og 4.5

4.3.2.3 Omfattes administrativt ansatte av hovedbeskjeftigelsen?

En virksomhet kan både ha ansatte som arbeider direkte innenfor hovedbeskjeftigelsen og administrativt ansatte, for eksempel sekretærer, regnskapsmedarbeidere og markedskoordinatorene. Typisk for administrativt ansatte er at de utfører støttefunksjoner i virksomheten, og bare i mindre grad arbeider innenfor hovedbeskjeftigelsen sammenliknet med andre ansatte. Det oppstår da spørsmål om administrativt ansatte omfattes av hovedbeskjeftigelsen. Dersom slike ansatte ikke omfattes av hovedbeskjeftigelsen, innebærer dette at virksomheten ikke kan leie ut slike ansatte i medhold av aml. § 14-13.

Ordlyden i aml. § 14-13 gir ingen nærmere veiledning med hensyn til spørsmålet, og det er heller ikke berørt i forarbeidene. Spørsmålet vil trolig avhenge av om man tolker begrepet "*hovedbeskjeftigelse*" dit hen at det bare omfatter ansatte som direkte arbeider innenfor hovedbeskjeftigelsen, eller om begrepet kan tolkes utvidende til også å omfatte ansatte som bare i mindre og mer indirekte grad arbeider innenfor denne.

Begrepet "*hovedbeskjeftigelse*" peker som nevnt overfor i retning av den aktivitet som hovedsakelig sysselsetter arbeidstakere, og som kan sies å være virksomhetens hovedformål. Isolert sett taler dette for at begrepet bare omfatter ansatte som arbeider direkte innenfor hovedformålet, og ikke administrativt ansatte som utfører arbeid som ikke nødvendigvis relaterer seg til hovedformålet. I relasjon til vilkåret om at utleieaktiviteten ikke må overstige mer enn 50 % av utleierens fast ansatte, uttaler forarbeidene at administrativt ansatte skal telle med ved beregningen av utleieomfanget.⁵⁷ På den ene side kan det hevdes at ettersom administrativt ansatte skal medregnes i beregningen av utleieomfanget, så bør slike ansatte også anses omfattet av hovedbeskjeftigelsen, slik at man derved oppnår best sammenheng mellom de to vilkårene i aml. § 14-13. En slik forståelse innebærer at begrepet "*hovedbeskjeftigelse*" tolkes utvidende til også å omfatte ansatte som i mindre og mer indirekte grad arbeider innenfor denne. På den annen side er det ingen automatikk i at administrativt ansatte må anses omfattet av hovedbeskjeftigelsen selv om de skal telle med ved beregningen av utleieomfanget, og det er derfor vanskelig å tolke hovedbeskjeftigelsesbegrepet og å konkludere på spørsmålet om administrativt ansatte omfattes av hovedbeskjeftigelsen basert på forholdet til 50 %-vilkåret. Ved tolkningen av hovedbeskjeftigelsesbegrepet, må det være relevant å trekke inn formålet

⁵⁷ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50

bak vilkåret, som etter mitt syn er å ivareta arbeidstakernes stillingsvern og hovedregelen om fast ansettelse. Det kan argumenteres for at administrativt ansatte alltid vil ha arbeid i virksomheten nettopp fordi de utfører støttefunksjoner, slik at stillingsvernet og hovedregelen om fast ansettelse dermed er ivaretatt. Dette taler for at begrepet "*hovedbeskjeftigelse*" kan tolkes utvidende til også å omfatte administrativt ansatte, slik at disse kan leies ut i medhold av aml. § 14-13.

Ettersom ordlyden "*hovedbeskjeftigelse*" isolert sett trekker i retning av at administrativt ansatte ikke omfattes av hovedbeskjeftigelsen og det ikke foreligger holdepunkter i verken ordlyden eller forarbeidene for at begrepet kan tolkes utvidende ut over min argumentasjon med hensyn til formålet bak vilkåret, taler dette for at "*hovedbeskjeftigelse*" bare omfatter ansatte som arbeider direkte under denne og ikke administrativt ansatte. I så fall kan virksomheten ikke leie ut administrativt ansatte i medhold av aml. § 14-13.

Ved vurderingen av om administrativt ansatte omfattes av hovedbeskjeftigelsen, må det imidlertid uavhengig av hvordan begrepet hovedbeskjeftigelse tolkes, være adgang til å se på hva som er begrunnelsen for den konkrete utleien. Dersom en virksomhet leier ut administrativt ansatte på grunn av overskudd på arbeidskraft i perioder med nedgang i oppdragsmengden, og der alternativene til utleie er oppsigelse eller permittering, ligger utleien innenfor det formål aml. § 14-13 skal beskytte. I et slikt tilfelle kan det neppe være grunn til å gjøre forskjell på administrativt ansatte og ansatte som sysselsettes direkte under hovedbeskjeftigelsen. Dette taler for at i tilfeller der utleien er begrunnet i et behov for alternativ sysselsetting, kan administrativt ansatte leies ut i medhold av aml. § 14-13. Skjer derimot utleien av administrativt ansatte med kommersielt siktemål og uavhengig av overskudd på arbeidskraft, ligger utleien utenfor det aml. § 14-13 skal ivareta, og de ansatte kan derfor ikke leies ut i medhold av bestemmelsen.

4.3.3 Utleieaktiviteten må ikke overstige mer enn 50 prosent av utleierens fast ansatte

4.3.3.1 Formålet med vilkåret

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at en virksomhet skal anses for ikke å ha til formål å drive utleie, er at "*utleieaktiviteten ikke omfatter mer enn 50 prosent av de fast ansatte*

hos utleier". Spørsmålet er hvorfor utleievirksomheten ikke kan leie ut mer enn 50 % av sine fast ansatte. Om dette uttaler forarbeidene at:

*"Det stilles således som minstekrav til virksomheten at den driver egen næringsvirksomhet ved siden av utleie og at denne næringsvirksomheten utgjør et visst volum. En slik regel om at en virksomhet til enhver tid ikke kan leie ut mer enn 50% av sine tilsatte, inkludert administrasjonen, vil kunne hindre at utleieaktiviteten utvikles til virksomhetens hovedbeskjeftigelse."*⁵⁸

Formålet med vilkåret er således å forhindre at utleieaktiviteten får et slikt omfang at den må sies å utgjøre virksomhetens hovedbeskjeftigelse. For at vilkåret skal være oppfylt, må virksomheten derfor ha en annen næringsvirksomhet enn utleie som sin hovedbeskjeftigelse og flertallet av arbeidstakerne må arbeide innenfor denne næringsvirksomheten. En virksomhet som leier ut mer enn 50 % av sine ansatte, må anses for å ha utleieaktivitet som sin hovedbeskjeftigelse og anses derfor for å ha til formål å drive utleie.

Vilkåret stammer antakeligvis fra perioden med forbud mot utleie, som det er redegjort for i punkt 2. § 9 i den tidligere utleieforskriften oppstilte unntak fra forbudet ved at produksjonsbedrifter fikk adgang til å etablere en pool-ordning hvor man leide ut arbeidstakere mellom selskapene. Bestemmelsen oppstilte tilsvarende krav som aml. § 14-13 til de bedriftene som deltok i pool-ordningen, herunder at bedriftene måtte ha egenproduksjon og at utleieomfanget ikke kunne overstige en viss prosentsats, som for større virksomheter var 50 %.

4.3.3.2 Beregningen av utleieomfanget

Vilkåret legger begrensninger på omfanget av utleieaktiviteten i virksomheten, det vil si på hvor mange av de ansatte i virksomheten som til enhver tid kan leies ut. Det oppstår da spørsmål om hvilke ansatte som skal telles med ved beregningen av utleieomfanget. Ordlyden "*fast ansatte*" i aml. § 14-13 første ledd tilsier at det bare er arbeidstakere som har et fast ansettelsesforhold hos utleier som skal medregnes. Dette innebærer at midlertidig ansatte faller utenfor beregningen, og de kan heller ikke leies ut. Av virksomhetens fast ansatte fremgår det

⁵⁸ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50

indirekte av den siterte forarbeidsuttalelsen i punkt 4.3.3.1 overfor at både produksjonsansatte og administrativt ansatte skal medregnes.

Et annet spørsmål vedrørende beregningen av utleieomfanget, er om beregningen skal skje etter antall hoder eller stillinger.⁵⁹ Spørsmålet er særlig praktisk for virksomheter som har en rekke deltidsansatte, og der antall hoder regelmessig vil være høyere enn antall stillinger. Siden utleieomfanget i slike tilfeller kan falle ulikt ut avhengig av hvordan beregningen skjer, er det av sentral betydning å ta stilling til dette spørsmålet. Ordlyden gir ikke svar på spørsmålet, og det er verken drøftet i forarbeidene eller rettspraksis. En beregning etter antall hoder vil kunne være til arbeidsgiverens fordel, ettersom det gir en høyere totalsum enn en beregning etter antall stillinger, og det derfor skal mer til før terskelen på 50 % overstiges. Virksomheten vil da kunne drive utleie i et større omfang før terskelen overstiges. En slik beregning vil kunne medføre en fare for at virksomheter spekulerer i å ha mange deltidsansatte i den hensikt å omgå 50 %-vilkåret. I mangel av andre holdepunkter tilsier dette at beregningen av utleieomfanget bør skje etter antall stillinger.

Hvis en virksomhet leier ut mer enn 50 % av sine fast ansatte i enkelte perioder, men aldri samtidig, blir det spørsmål om man likevel må si at utleieaktiviteten "*omfatter*" mer enn 50 % av de ansatte fordi mer enn 50 % kan tilskrives utleievirksomheten. Jeg tolker ordlyden i aml. § 14-13 dit hen at det kreves at ansatte rent faktisk leies ut i et større antall som overstiger 50 % av de fast ansatte i et visst tidsrom.

I forlengelsen av dette, blir det spørsmål om hvilket tidsrom man må se på for å avgjøre om virksomheten leier ut mer enn 50 % av sine fast ansatte. Et alternativ er om det skal legges et slags øyeblikksbilde til grunn, slik at virksomheten blir et vikarbyrå dersom den leier ut mer enn 50 % av sine ansatte i noen uker, mens den resten av året leier ut i et lite omfang og rent sporadisk. Et annet alternativ er om utleieomfanget skal ses over et visst tidsrom. Formuleringen "*til enhver tid*" i den siterte forarbeidsuttalelsen i punkt 4.3.3.1, indikerer at forarbeidene legger til grunn et øyeblikksbilde. I så fall innebærer det at en virksomhet vil kunne anses som et vikarbyrå hvis terskelen overstiges bare i en kort periode i løpet av året. En slik forståelse fører imidlertid til at det skal svært lite til før en virksomhet går fra å være en pro-

⁵⁹ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-13 note 6, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

duksjonsbedrift til å bli et vikarbyrå, slik at virkeområdet til aml. § 14-13 blir betydelig innnevret. En slik forståelse vil også lett kunne komme i konflikt med andre uttalelser i forarbeidene om at det er ønskelig med en relativt vid ut- og innleieadgang mellom produksjonsbedrifter.⁶⁰ Disse forholdene tilsier at en kortvarig overskridelse av terskelen på 50 % ikke kan være nok til at virksomheten blir et vikarbyrå. Dette gjelder særlig etter innføringen av kravet i forskriften for bemanningsforetak⁶¹ om at vikarbyråer skal registrere seg i bemanningsforetaksregisteret. Det vil være praktisk vanskelig å håndtere dersom enhver virksomhet som én enkelt gang på et kortvarig tidspunkt overskrider terskelen på 50 %, skal være forpliktet til å registrere seg som vikarbyrå. Utleieomfanget bør derfor heller trolig ses over et visst tidsrom, slik at det foretas en gjennomsnittsberegning.

4.3.4 Virksomhetsbegrepet

Vilkårene i aml. § 14-13 første ledd må være oppfylt for at "*virksomheten*" skal anses for ikke å ha til formål å drive utleie. Det er således "*virksomheten*" som må oppfylle vilkårene om at utleien ligger innenfor fagområdene som utgjør hovedbeskjeftigelsen og at utleieaktiviteten omfatter mindre enn 50 %. Det oppstår da spørsmål om hvilken enhet virksomhetsbegrepet refererer til. Mer konkret blir det spørsmål om en begrenset del av et rettssubjekt kan anses som en virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand.

Ettersom aml. § 14-13 gjelder innleie "*fra*" en virksomhet, er det utleiebedriftens og ikke innleiebedriftens virksomhet det siktes til. Spørsmålet om hva som utgjør en "*virksomhet*" i aml. § 14-13, relaterer seg derfor til utleiebedriften. Poenget med å benytte begrepet "*virksomhet*" i innleiesammenheng, er bare å angi det subjektet som utleievirksomheten er knyttet til.⁶²

Dersom en virksomhet er organisert med flere selvstendige enheter, for eksempel hovedkontor og flere avdelingskontorer, som kan ha stor geografisk spredning, oppstår spørsmålet om enhetene skal regnes som én samlet virksomhet, eller om de enkelte enheter skal anses som separate virksomheter i forhold til arbeidsmiljølovens ulike bestemmelser.⁶³ Hvilke rettslige

⁶⁰ Se f.eks. NOU 1998: 15 punkt 10.2.2

⁶¹ Forskrift 4. juni 2008 nr. 541 om bemanningsforetak

⁶² Fougner mfl. (2013) s. 673

⁶³ NOU 2004: 5 s. 149

konsekvenser det skal ha at virksomheter kan være bygget opp organisatorisk forskjellig, fremgår verken av arbeidsmiljøloven eller forarbeidene. I relasjon til vilkårene i aml. § 14-13, er det sentralt å fastlegge om vilkårene skal vurderes i forhold til den juridiske enheten som sådan eller i forhold til én enkelt avdeling som driver utleieaktivitet. Det er spesielt viktig å fastlegge dette dersom virksomheten som sådan bare driver en begrenset utleie, samtidig som én enkelt avdeling i virksomheten driver en omfattende utleieaktivitet, og vilkårene i aml. § 14-13 derfor kan falle ulikt ut avhengig av om vilkårene vurderes i forhold til den samlede virksomheten eller den enkelte avdelingen.

Det fremgår av forarbeidene at: *"Som alminnelig regel vil avgrensningen av virksomhetsbegrepet falle sammen med det rettssubjekt som er arbeidsgiver".*⁶⁴ Utgangspunktet er med andre ord at virksomheten normalt er det rettssubjekt som arbeidsforholdet er knyttet til, og at dette rettssubjektet er arbeidsgivers samlede virksomhet.⁶⁵ Unntak fra dette utgangspunktet krever særskilt grunnlag.⁶⁶ Dette taler for at enhetene skal regnes som én virksomhet, og ikke at de enkelte enhetene skal anses som separate virksomheter. En slik tolkning støttes i teorien, der det heter at det med utleievirksomheten i aml. § 14-13 siktes til *"hele virksomheten, det vil si den juridiske enheten".*⁶⁷ I Rt. 2013 s. 1730 er et sentralt spørsmål nettopp hva som er virksomheten i relasjon til vilkårene i aml. § 14-13, det vil si om kriteriene skal vurderes i forhold til utleiebedriften som helhet, eller om den enkelte avdeling kan anses som virksomhet etter bestemmelsen. Høyesterett gjennomgår de sentrale rettskildene som er gjengitt overfor, og uttaler følgende:

*"På bakgrunn av disse rettskildene, kan mye tale for at virksomhetsbegrepet i § 14-13 må forstås som den juridiske enheten. Også reelle hensyn kan tilsi en slik forståelse, som vil hindre uklarhet og vanskelige grensedragninger. Jeg finner det imidlertid ikke nødvendig å ta endelig stilling til dette, da saken etter mitt syn uansett bør løses på et annet grunnlag, noe jeg straks kommer tilbake til."*⁶⁸

⁶⁴ NOU 2004: 5 s. 148

⁶⁵ NOU 2004: 5 s. 149

⁶⁶ NOU 2004: 5 s. 149

⁶⁷ Sønsteli Johansen og Stueland (2011) s. 601

⁶⁸ Rt. 2013 s. 1730 avsnitt 45

Selv om disse uttalelsene går nokså langt i å antyde at virksomhetsbegrepet skal forstås som den juridiske enheten, det vil si den samlede virksomheten, må det tas en viss reservasjon siden Høyesterett ikke tar endelig stilling til spørsmålet. Siden både forarbeider og teori trekker i retning av at virksomhetsbegrepet skal forstås som den juridiske enheten, må det antakeligvis likevel kunne legges til grunn at virksomheten normalt er den juridiske enheten. Dette underbygges etter mitt syn av forarbeidenes uttalelser om at unntak fra dette krever særskilt unntak, hvilket tilsier at det skal relativt mye til for at virksomhetsbegrepet skal forstås snevrere. Virksomhetsbegrepet relaterer seg derfor til den samlede virksomheten, og en begrenset del av et rettssubjekt kan derfor ikke anses som en virksomhet i arbeidsmiljølovens forstand. På denne bakgrunn må det i relasjon til spørsmålet kunne legges til grunn at enhetene skal regnes som én virksomhet, og ikke som separate virksomheter. Dersom en enhet i en virksomhet driver utleieaktivitet, skal derfor vilkårene i aml. § 14-13 vurderes i forhold til den samlede virksomheten og ikke den enkelte enheten som driver utleieaktivitet.

4.4 Helhetsvurdering av virksomhetens art

4.4.1 Innledning

Isolert sett trekker ordlyden i aml. § 14-13 i retning av at så lenge utleien skjer innenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse og utleieaktiviteten ikke overstiger mer enn 50 % av utleierens fast ansatte, har virksomheten ikke til formål å drive utleie og er derfor en produksjonsbedrift. Samlet indikerer vilkårene at det skal en del til for at en virksomhet anses som et vikarbyrå.

Det fremgår imidlertid av forarbeidene at:

*"Selv om minimumskravene er oppfylt vil en skjønnsmessig helhetsvurdering av virksomheten likevel kunne resultere i at den ikke oppfyller det generelle kriterium [sic] om at den ikke skal ha til formål å drive utleie."*⁶⁹

Vilkårene i aml. § 14-13 første ledd skal dermed bare anses som minimumsvilkår, og angir ikke en uttømmende angivelse av virkeområdet til aml. § 14-13.⁷⁰ Selv om utleien skjer in-

⁶⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50

nenfor de samme fagområder som utgjør utleierens hovedbeskjeftigelse og utleieaktiviteten ikke overstiger mer enn 50 % av utleierens fast ansatte, kan altså en skjønnsmessig helhetsvurdering lede til at virksomheten likevel må anses som et vikarbyrå.

Forarbeidene uttaler følgende om helhetsvurderingen:

*"Om en virksomhet skal anses for å ha til formål å drive utleie vil da bero på en helhetsvurdering av virksomhetens art, herunder med hvilket omfang og hyppighet utleie skjer og hvor stor andel av virksomheten utleie utgjør."*⁷¹

Forarbeidene lister altså opp utleiens omfang, hyppighet og andel av virksomheten som relevante momenter ved siden av vilkårene i aml. § 14-13 i den helhetsvurderingen som skal foretas. Tilsynelatende virker momentene enkle å forholde seg til, og det fremstår som logisk å vurdere utleiens omfang, hyppighet og andel av virksomheten i helhetsvurderingen av virksomhetens art. Når man ser nærmere på momentene, fremstår det imidlertid som mer uklart hva som nøyaktig ligger i momentene og hvor grensen går mellom de ulike momentene. En viktig årsak til dette er at verken forarbeidene eller andre rettskilder gir noen nærmere veiledning med hensyn til hva som ligger i momentene. Det er derfor nødvendig å klarlegge nærmere hva momentene innebærer, og dette gjøres nedenfor.

Om utgangspunktet for helhetsvurderingen fremgår det videre av forarbeidene at:

*"Vurderingen vil måtte ta utgangspunkt i de reelle underliggende forhold. Hvilket formål utleier selv legger til grunn for sin virksomhet vil således ikke uten videre være et avgjørende moment. Det er heller ikke uten videre avgjørende at virksomhetens hovedformål er et annet enn det å drive utleie."*⁷²

Denne uttalelsen viser at det ikke er avgjørende hva virksomheten selv definerer seg som, men at det må foretas en konkret vurdering basert på de reelle forholdene. Hensikten med

⁷⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50

⁷¹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

⁷² Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

helhetsvurderingen er derfor å avdekke og forhindre eventuelle omgåelser av innleiereglene, og den fungerer dermed som en slags gjennomskjæringsregel.

Før jeg går nærmere inn på momentene forarbeidene trekker frem som relevante i helhetsvurderingen, vil jeg redegjøre kort for forarbeidenes beskrivelser av vikarbyråer og produksjonsbedrifter. Årsaken til dette er at beskrivelsene bidrar til å belyse tersklene for når en virksomhet anses som et vikarbyrå og en produksjonsbedrift, og dermed får betydning for helhetsvurderingen.

4.4.2 Forarbeidenes beskrivelser av vikarbyråer og produksjonsbedrifter

I punkt 4.4.1 har jeg sett nærmere på ordlyden i aml. § 14-13. Isolert sett tilsier ordlyden at så lenge utleien skjer innenfor de fagområder som utgjør hovedbeskjeftigelsen og utleieaktiviteten ikke overstiger mer enn 50 % av de fast ansatte, så er virksomheten en produksjonsbedrift. Ordlyden indikerer derfor at det skal mye til før en virksomhet blir et vikarbyrå. Jeg vil nå se nærmere på forarbeidenes beskrivelser av vikarbyråer og produksjonsbedrifter, og undersøke om disse samsvarer med terskelen for når en virksomhet blir et vikarbyrå som ordlyden i aml. § 14-13 indikerer.

Forarbeidene beskriver vikarbyråer slik:

*"Virksomhet som regelmessig leier ut tilsatte og har innrettet sin virksomhet med det formål å tilby utleie, ikke bare sporadisk eller som resultat av overskudd på arbeidskraft, vil således være å betrakte som virksomhet som har til formål å drive utleie."*⁷³

Gjennom denne uttalelsen legger forarbeidene til grunn en relativt lav terskel for når en virksomhet anses for å ha til formål å drive utleie, hvilket tilsier at det ikke skal mye til for at en virksomhet anses som et vikarbyrå.

Forarbeidene beskriver ut- og innleie mellom produksjonsbedrifter som "... utlånslignende situasjoner mellom virksomheter som driver aktivitet innenfor noenlunde samme områder".⁷⁴

⁷³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

⁷⁴ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 49

Denne beskrivelsen må ses i sammenheng med forarbeidenes uttalelser om at intensjonen med aml. § 14-13 er å regulere de situasjoner der en virksomhet har behov for å leie ut arbeidskraft når dette er et alternativ til permittering eller oppsigelse, eller der utleie skjer rent sporadisk.⁷⁵ Isolert sett kan uttalelsene tolkes dit hen at en produksjonsbedrift blir et vikarbyrå dersom utleien skjer hyppigere enn på sporadisk basis. Samlet tilsier dermed disse uttalelsene, som beskriver produksjonsbedrifters kjerneegenskaper, at det ikke skal så mye til før en virksomhet går fra å være en produksjonsbedrift til å bli et vikarbyrå. Uttalelsene står derfor i et visst motsetningsforhold til ordlyden i aml. § 14-13, som indikerer en langt høyere terskel før en virksomhet blir et vikarbyrå. Det fremstår derfor som noe uklart hva som er den riktige terskelen for når en virksomhet blir et vikarbyrå. Uttalelsene om produksjonsbedrifters kjerneegenskaper kan imidlertid etter min mening ikke tas helt på ordet, noe jeg kommer tilbake til i punktene 4.4.4 og 4.4.7. Samtidig vil uttalelsene få betydning for helhetsvurderingen i den forstand at de senker terskelen for når et selskap anses for å ha til formål å drive utleie og derfor er et vikarbyrå.⁷⁶ Forholdet mellom de ulike tersklene i ordlyden i aml. § 14-13 og forarbeidenes uttalelser kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 4.4.7.

4.4.3 Utleiens omfang

Det første momentet forarbeidene trekker frem som relevant i den helhetsvurdering av virksomhetens art som skal foretas for å avgjøre om virksomheten har til formål å drive utleie, er med "*hvilket omfang*" utleie skjer.⁷⁷ Det må derfor klarlegges nærmere hva som ligger i dette momentet.

Forarbeidene gir ingen nærmere veiledning med hensyn til hva omfanget skal relatere seg til. Utleiens omfang kan for eksempel relatere seg til antall arbeidstakere som leies ut eller til andelen av utleien i forhold til den samlede virksomheten. I andre forarbeider står det at:

⁷⁵ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50

⁷⁶ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-12 note 5, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

⁷⁷ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

*"Dersom virksomheten får et slikt omfang personellmessig og økonomisk, at det kan sies å være et forretningsområde, vil derimot innleie være regulert i § 55 G [nå § 14-12]." (min tilføyelse)*⁷⁸

Den språklige sammenhengen i uttalelsen tilsier at det med *"virksomheten"* siktes til utleievirksomheten. Forarbeidene relaterer utleiens omfang til det personellmessige og det økonomiske, hvilket kan tilsi at utleiens omfang som et moment i helhetsvurderingen inneholder begge disse elementene. Uttalelsen er imidlertid ikke direkte knyttet opp mot utleiens omfang som et moment i helhetsvurderingen, men fremstår som en generell uttalelse om når utleien har et slikt preg at virksomheten må anses for å ha til formål å drive utleie. Det kan derfor ikke uten videre legges til grunn at utleiens omfang som et moment i helhetsvurderingen både inneholder personellmessig og økonomisk omfang. Ettersom forarbeidene lister opp to andre momenter ved siden av utleiens omfang som relevante i helhetsvurderingen, er det også grunn til å tro at utleiens omfang ikke omfatter begge disse elementene. For eksempel er det grunn til å undersøke om momentet om hvor stor andel av virksomheten utleien utgjør, relaterer seg til det økonomiske omfanget av utleien, jf. punkt 4.4.5. Det blir derfor spørsmål om utleiens omfang som et moment i helhetsvurderingen relaterer seg til det personellmessige.

Vilkåret i aml. § 14-13 om at utleieaktiviteten ikke må overstige mer enn 50 % av utleierens fast ansatte, legger begrensninger på det personellmessige omfanget av utleieaktiviteten. Vilkåret er imidlertid bare et minimumskrav, hvilket innebærer at helhetsvurderingen kan lede til at en virksomhet anses for å ha til formål å drive utleie selv om utleien ikke overstiger 50 % av de fast ansatte. Dersom utleiens omfang som et moment i helhetsvurderingen også relaterer seg til det personellmessige, bidrar dette til å presisere at vilkåret i aml. § 14-13 bare er et minimumskrav og derfor bare ett av flere relevante momenter i helhetsvurderingen. Samtidig åpner dette for at terskelen for utleieomfanget ikke legges konstant på 50 %, men at utleie i både større og mindre omfang kan lede til at virksomheten anses som et vikarbyrå. Det legges derfor til grunn at momentet utleiens omfang sikter til det personellmessige.

Når omfanget av utleien skal fastslås, må man derfor se hen til hvor mange arbeidstakere som leies ut i forhold til totalt antatt arbeidstakere i virksomheten. Når det er relevant å vurdere

⁷⁸ NOU 1998: 15 punkt 12.3

utleiens personellmessige omfang, må dette innebære at jo større utleieomfang virksomheten har, desto mer sannsynlig er det at virksomheten er et vikarbyrå. Forarbeidene bruker følgende eksempel som illustrasjon på når utleieomfanget kan tale for at virksomheten er et vikarbyrå selv om det ikke overstiger 50 %:

*"For eksempel vil en databedrift som permanent leier ut 30 % av sine edb-tilsatte, kunne anses for å drive ordinær utleie, til tross for at utleie skjer innenfor det som utgjør virksomhetens hovedbeskjeftigelse og utleie har et begrenset omfang."*⁷⁹

Jeg tolker formuleringen *"kunne anses"* dit hen at forarbeidene ikke tar endelig standpunkt til om en virksomhet må anses som et vikarbyrå dersom den leier ut 30 % av sine ansatte, slik at det ikke kan utledes en fast regel om at utleieomfang på 30 % eller større innebærer at virksomheten er et vikarbyrå. Samtidig gir uttalelsen en indikasjon på at en virksomhet som leier ut 30 % eller flere av sine ansatte har et stort utleieomfang, og derfor vil kunne anses som et vikarbyrå. Indirekte innebærer dette at et lavere utleieomfang enn 30 % vil kunne aksepteres uten at virksomheten anses som et vikarbyrå. Basert på dette eksemplet vil en virksomhet som til enhver tid leier ut 7 av totalt 20 ansatte kunne sies å ha et stort utleieomfang og derfor anses som et vikarbyrå, mens en virksomhet som leier ut det samme antallet av totalt 500 ansatte derimot vil kunne sies å ha et lite utleieomfang og derfor anses som en produksjonsbedrift.

4.4.4 Utleiens hyppighet

Det andre momentet forarbeidene trekker frem i helhetsvurderingen av virksomhetens art, er med hvilken *"hyppighet"* utleien skjer.⁸⁰ Spørsmålet er hva som ligger i dette momentet og dermed hva momentet innebærer i helhetsvurderingen.

Forarbeidene gir ingen veiledning med hensyn til hva som menes med utleiens hyppighet. Når det er relevant å vurdere utleiens hyppighet, må det innebære at jo oftere virksomheten leier ut arbeidstakere, desto mer sannsynlig er det at virksomheten må anses som et vikarbyrå.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50

⁸⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

Det fremgår av forarbeidene at en virksomhet som regelmessig leier ut arbeidstakere, anses som en virksomhet som har til formål å drive utleie.⁸¹ Samtidig avgrenser forarbeidene mot virksomhet som rent sporadisk leier ut arbeidskraft.⁸² Forarbeidene kan tolkes dit hen at dersom utleien skjer hyppigere enn på rent sporadisk basis, så må virksomheten anses som et vikarbyrå. Dersom en virksomhet anses som et vikarbyrå i det øyeblikk den leier ut mer enn på sporadisk basis, vil imidlertid anvisningen på en helhetsvurdering være unødvendig. Uttalelsen fra forarbeidene kan derfor etter min mening neppe tas på ordet. Utleie som skjer hyppigere enn på sporadisk basis, vil derfor bare være ett moment som i helhetsvurderingen taler for at virksomheten er et vikarbyrå.

4.4.5 Hvor stor andel av virksomheten utleien utgjør

Det tredje momentet forarbeidene trekker frem som relevant i helhetsvurderingen av virksomhetens art, er *"hvor stor andel av virksomheten utleie utgjør"*.⁸³ Spørsmålet er hva dette momentet innebærer.

Forarbeidene gir ingen nærmere veiledning med hensyn til hva momentet innebærer. Ordlyden indikerer at momentet knytter seg til forholdet mellom virksomhetens egenproduksjon på den ene siden, og utleieaktiviteten på den andre siden. Når det er relevant å vurdere dette, må det innebære at jo større andel av virksomheten utleien utgjør sett i forhold til egenproduksjonen, desto mer sannsynlig er det at virksomheten er et vikarbyrå.

Det fremstår som uklart hva det er ved egenproduksjonen og utleieaktiviteten som skal vurderes. For eksempel kan det være aktuelt å vurdere hvor stor andel av virksomhetens samlede omsetning de to aktivitetene innebærer, eller hvor stor andel av de ansatte som arbeider innenfor disse. Ettersom momentet om utleiens omfang relaterer seg til utleiens personellmessige omfang, tilsier dette at momentet om hvor stor andel av virksomheten utleien utgjør relaterer seg til utleiens økonomiske omfang.

⁸¹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

⁸² Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

⁸³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

Det fremgår av forarbeidene at "*... dersom virksomheter i alt overveiende grad driver egen produksjon av varer og tjenester, vil den eventuelle utleie herfra, reguleres av § 55 H [nå § 14-13]*" (min tilføyelse).⁸⁴ Dersom virksomheten har en stor grad av egenproduksjon av varer eller tjenester og denne utgjør den største andelen av virksomhetens samlede omsetning, og utleieaktiviteten bare utgjør en liten andel av denne, tilsier dette at virksomheten må anses som en produksjonsbedrift. Er det derimot utleieaktiviteten som utgjør den største andelen av omsetningen, er dette en sterk indikasjon på at virksomheten er et vikarbyrå.

4.4.6 Andre momenter i helhetsvurderingen

4.4.6.1 Innledning

Selv om forarbeidene lister opp tre momenter som inngår i helhetsvurderingen av virksomhetens art, tilsier bruken av ordet "*herunder*" at opplistingen ikke kan anses uttømmende. Dessuten tilsier anvisningen på en helhetsvurdering at det må være anledning til å vektlegge også andre momenter i den nærmere vurderingen av om virksomheten har til formål å drive utleie. I punktene nedenfor undersøkes det derfor nærmere hvilke andre momenter som vil kunne få betydning for vurderingen.

4.4.6.2 Har ansettelsesforholdet mellom utleievirksomheten og den utleide arbeidstakeren de samme elementer som forholdet mellom vikarbyråene og deres arbeidstakere?

I teorien har det blitt argumentert for at siden det skal foretas en helhetsvurdering av virksomhetens "*art*", må det kunne være relevant å se nærmere på hva som rent faktisk kjennetegner forholdet mellom de tradisjonelle vikarbyråene og deres arbeidstakere, og deretter spørre om forholdet mellom utleievirksomheten og arbeidstaker har de samme elementer.⁸⁵

Før jeg behandler kjennetegnene ved forholdet mellom vikarbyråene og deres ansatte, vil jeg først redegjøre kort for hvilke vernebehov vikarbyråreglene skal ivareta. Årsaken er at det etter min mening ser ut til at vikarbyråreglene bygger på en tese om at vikarbyråansatte har et større vernebehov enn ansatte i produksjonsbedrifter. Formålet bak aml. § 14-12 er som nevnt

⁸⁴ NOU 1998: 15 punkt 12.3

⁸⁵ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-12 note 5, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

i punkt 4.2.1, å ivareta stillingsvernet til ansatte i innleievirksomheten. Bestemmelsen retter seg derfor ikke mot vikarbyråansatte, og kan ikke tas til inntekt for at vikarbyråansatte har et særskilt vernebehov. Rettsvirkningene ved ulovlig innleie i aml. § 14-14 og likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c ivaretar imidlertid vikarbyråansattes vernebehov. Kravet på fast ansettelse ved ulovlig innleie ivaretar vikarbyråansattes stillingsvern, og likebehandlingsreglene ivaretar arbeids- og lønnsvilkårene. Bakgrunnen for det vern som disse reglene gir vikarbyråansatte, kan dermed enten bero på at vedkommende har behov for vern av stillingen sin, eller at vedkommende har behov for vern om lønnen eller andre sider ved ansettelsesforholdet sitt.⁸⁶ Disse rettsvirkningene inntreffer bare dersom utleier er et vikarbyrå, og retter seg derfor mot vikarbyråansatte. En annen tilnærming til spørsmålet vil derfor kunne være å vurdere hvor stort behov arbeidstakeren har for den beskyttelse vedkommende får ved at utleievirksomheten er et vikarbyrå.⁸⁷

Jeg går nå over til å se nærmere på hva som rent faktisk kjennetegner forholdet mellom de tradisjonelle vikarbyråene og deres ansatte. I den forbindelse vil et sentralt siktemål være å vurdere om det rent faktisk er en realitet i tesen om at vikarbyråansatte har et større vernebehov enn andre ansatte.

En undersøkelse viser at bare et fåtall av vikarbyråansatte er fast ansatt med lønn som løper uavhengig av utleieoppdrag, såkalt "fast ansettelse med garantilønn".⁸⁸ En større andel av vikarbyråansatte er "fast ansatt uten garantilønn", som innebærer at retten til lønn er avhengig av om vikarbyrået har utleieoppdrag å tilby arbeidstakeren. Arbeidstakeren mottar derfor ikke lønn i perioder mellom oppdrag. Flertallet av vikarbyråansatte er midlertidig ansatt, som innebærer at arbeidstakeren har en tidsbegrenset ansettelsesavtale i vikarbyrået. Typiske kjennetegn ved forholdet mellom vikarbyrået og deres arbeidstakere, er derfor at flertallet av arbeidstakerne ikke har noen genuin fast ansettelse hos vikarbyråene og bare får utbetalt lønn ved utleieoppdrag. I tillegg innebærer det forhold at vikarbyråer har utleie som sitt formål, at vikarbyråene bare ansetter arbeidstakere i den hensikt å leie disse ut til kunder. Et annet typisk

⁸⁶ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-12 note 5, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

⁸⁷ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-12 note 5, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

⁸⁸ Econ Pöyry, "Bemanningsbransjen. Struktur, utvikling og rolle" (Rapport 2009-083) s. 72, der det fremgår at 21 % ikke er ansatt, 43 % er midlertidig ansatt og 20 % er fast ansatt uten garantilønn, mens bare 16 % er fast ansatt med garantilønn

kjennetegn er derfor at vikarbyråansatte utelukkende ansettes for å leies ut. Samlet tilsier dette at vikarbyråansatte ofte har et stort behov for vern om stillingen sin eller andre arbeids- og lønnsvilkår. Det ser dermed ut til at det er en realitet i tesen om at vikarbyråansatte har et større vernebehov enn ansatte i produksjonsbedrifter.

Disse kjennetegnene bidrar til å klargjøre hvordan de tradisjonelle vikarbyråene driver. Samtidig er kjennetegnene bare basert på undersøkelser om hvordan vikarbyråene i praksis driver sin virksomhet, og det er derfor ikke nødvendigvis slik at rettsreglene om innleie har denne typen virksomhet som sitt anvendelsesområde. Det er derfor grunn til å undersøke om vikarbyrådirektivets og de norske innleiereglens anvendelsesområder er denne typen vikarbyråvirksomhet.

Et sentralt formål med vikarbyrådirektivet er i henhold til artikkel 2 å sikre vern av vikarer. Likebehandlingsprinsippet i artikkel 5 er et viktig virkemiddel for å oppfylle formålet. I artikkel 5 nr. 2 og 3 jf. fortalens punkt 15 fremgår det at det er et grunnleggende behov for å verne vikarbyråansatte, men at det kan gjøres unntak fra likebehandlingsprinsippet dersom arbeidstakeren har fast ansettelse med lønn mellom oppdragene. Direktivet sier altså indirekte at likebehandlingsprinsippet skal gjelde dersom arbeidstakeren har en annen ansettelsesform enn fast ansettelse med garantilønn. I den uoffisielle norske oversettelsen av vikarbyrådirektivet, defineres et "*vikarbyrå*" i artikkel 3 nr. 1 bokstav b som en fysisk eller juridisk person som ansetter arbeidstakere "*med sikte på å leie dem ut til brukerforetak for midlertidig arbeid under deres tilsyn og ledelse*". En "*vikar*", det vil si vikarbyråansatt, defineres i artikkel 3 nr. 1 bokstav c som en person som ansettes i vikarbyrået "*med sikte på å bli leid ut til et brukerforetak for å arbeide midlertidig under dets tilsyn og ledelse*". Samlet tilsier dette at det er holdpunkter for at direktivets anvendelsesområde er de tradisjonelle vikarbyråene som blant annet kjennetegnes ved at de vikarbyråansatte ikke har en genuin fast ansettelse og bare får utbetalt lønn ved utleieoppdrag, og at vikarbyråansatte utelukkende ansettes for å leies ut.

Også norske forarbeider ser ut til å ta for seg de tradisjonelle vikarbyråene og de typiske kjennetegnene ved forholdet mellom vikarbyråene og deres ansatte. I forbindelse med en situa-

sjonsbeskrivelse av tilstanden i vikarbyråbransjen, viser departementet for eksempel til undersøkelsen om de ulike ansettelsesformene som praktiseres i vikarbyråene.⁸⁹

Det må derfor kunne legges til grunn at både vikarbyrådirektivet og de norske innleiereglene har de tradisjonelle vikarbyråenes virksomhet som sitt anvendelsesområde. Dermed må det være anledning til å vurdere om forholdet mellom den aktuelle utleievirksomheten og arbeidstakeren innebærer at arbeidstakeren ikke har en genuin fast ansettelse og bare får lønn ved utleieoppdrag, og/eller bare er ansatt for å leies ut.

Dersom arbeidstakeren har en genuin fast ansettelse hos utleievirksomheten og får lønn uavhengig av utleieoppdrag, vil dette i helhetsvurderingen kunne være et moment som taler mot at virksomheten har til formål å drive utleie. Er derimot arbeidstakeren fast ansatt uten garantilønn eller midlertidig ansatt, har vedkommende et svakt stillingsvern og derfor et særskilt behov for det vernet som reglene i aml. § 14-12 jf. § 14-9 og likebehandlingsreglene gir. I helhetsvurderingen av virksomhetens art er dette derfor et moment som taler for at virksomheten har til formål å drive utleie.

Rt. 2013 s. 1730⁹⁰ gir et eksempel på en situasjon der arbeidstakeren var ansatt hos utleievirksomheten utelukkende for å leies ut. Saken gjaldt en IT-tekniker som formelt sett var ansatt i YIT, men som allerede fra første ansettelsesdag var leid ut til Statoil. Arbeidsoppgavene var i ansettelsesavtalen angitt som: "Linux oppgaver definert av Statoil". Spørsmålet for Høyesterett var om arbeidstakerens ansettelsesforhold i Statoil var omfattet av aml. § 14-12 eller § 14-13. Det var på det rene at YIT bare leide ut et fåtall av sine ansatte, og vilkåret om at utleieaktiviteten ikke må overstige 50 % av utleierens fast ansatte var derfor oppfylt. Høyesterett tok ikke endelig stilling til om vilkåret om at utleie bare kan skje innenfor utleierens hovedbeskjeftigelse var oppfylt, og viste i den forbindelse til at saken uansett måtte løses på et annet grunnlag.

I den nærmere helhetsvurderingen konstaterte Høyesterett at YIT ikke hadde drevet utleie i stort omfang eller utviklet utleie til et forretningsområde i virksomheten. YIT var derfor i ut-

⁸⁹ Prop. 74 L s. 17

⁹⁰ Se også punkt 4.5 om denne dommen. I punkt 4.3.2.2 er det redegjort for lagmannsrettens avgjørelse i saken

gangspunktet en produksjonsbedrift som omfattes av aml. § 14-13. Forholdene i saken var imidlertid svært spesielle. Etter en konkret vurdering konkluderte Høyesterett med at utleieforholdet var omfattet av aml. § 14-12, med den virkning at arbeidstakeren hadde krav på fast ansettelse i Statoil i medhold av aml. § 14-12 fjerde ledd, jf. § 14-9 femte ledd. Som begrunnelse for resultatet uttalte Høyesterett at:

*"Det må altså legges til grunn at både ansettelsen av A i YIT og utleien av ham til Statoil var initiert av og begrunnet i Statoils behov. A har etter det opplyste heller ingen passende arbeidsoppgaver i YIT å gå tilbake til. Hovedformålet med § 14-13 er å tilgodese utleiebedrifters behov for å kunne leie ut egne produksjonsansatte arbeidstakere når de ellers ville blitt overflødig i egen bedrift. I As tilfelle ligger leieforholdet såpass fjernt fra det som var ment omfattet av aml. § 14-13, at utleien ikke kan anses å ha hjemmel i bestemmelsen."*⁹¹

Avgjørelsen illustrerer at dersom arbeidstakeren utelukkende er ansatt for å bli leid ut til kunder, så er dette et moment som i helhetsvurderingen taler for at virksomheten er et vikarbyrå. På tross av at utleievirksomheten var en typisk produksjonsbedrift som bare drev utleie rent sporadisk og i lite omfang, lå det aktuelle utleieforholdet så langt utenfor det aml. § 14-13 er ment å ivareta at reglene for vikarbyrå i aml. § 14-12 måtte få anvendelse. Avgjørelsen gir dermed samtidig et eksempel på en vid tolkning av hva som anses som et vikarbyrå.

Jeg tolker Høyesterett dit hen at selv om arbeidstakeren formelt sett var fast ansatt hos utleier og derfor hadde stillingsvern, var dette stillingsvernet ikke reelt ettersom han var ansatt utelukkende for å leies ut og heller ikke hadde passende arbeidsoppgaver hos utleier å gå tilbake til. Arbeidstakeren hadde derfor *behov* for det særskilte vernet som aml. § 14-12 jf. § 14-9 og likebehandlingsreglene gir, og resultatet måtte dermed bli at utleievirksomheten ble ansett som et vikarbyrå. Etter min mening ser det ut til at dommen baseres på at vikarbyråansatte har et større vernebehov, som ivaretas gjennom de strengere innleiereglene for vikarbyråer.

Samlet taler dette etter min mening for at det i helhetsvurderingen må være relevant å vurdere om arbeidstakeren har en genuin fast ansettelse og med lønn som løper uavhengig av utleieoppdrag, og om arbeidstakeren er ansatt utelukkende for å leies ut.

⁹¹ Avsnitt 52

4.4.6.3 Leier virksomheten ut som et alternativ til oppsigelse eller permittering, eller skjer utleievirksomheten med kommersielt siktemål og uavhengig av overskudd på arbeidskraft?

Historisk sett har produksjonsbedrifter hatt en videre utleieadgang enn vikarbyråer, særlig fordi dispensasjonsregelen og pool-ordningen åpnet for å ta hensyn til utleievirksomhetens behov for utleie når dette var et alternativ til oppsigelse eller permittering.⁹² Denne videre utleieadgangen er videreført i den mer liberale produksjonsbedriftsbestemmelsen i aml. § 14-13. I tillegg gir forarbeidene klare uttalelser om at intensjonen med aml. § 14-13 er å ivareta situasjoner der en virksomhet nettopp har behov for å leie ut arbeidstakere som et alternativ til oppsigelse eller permittering.⁹³ Lovgiver er altså av den oppfatning at dersom en virksomhet leier ut arbeidstakere fordi den har overskudd på arbeidskraft, omfattes utleien av aml. § 14-13. Uttalelsen kan samtidig tolkes dit hen at dersom utleien skjer uavhengig av overskudd på arbeidskraft, er dette ikke en situasjon aml. § 14-13 er ment å ivareta. Det må derfor i helhetsvurderingen kunne være relevant å vurdere om virksomheten leier ut arbeidskraft som et alternativ til oppsigelse eller permittering, eller om den skjer med kommersielt siktemål og uavhengig av overskudd på arbeidskraft.

Dersom en virksomhet utelukkende leier ut arbeidstakere som et alternativ til oppsigelse eller permittering, er dette en sterk indikasjon på at virksomheten ikke har til formål å drive utleie og derfor er en produksjonsbedrift. En slik utleie ligger innenfor kjerneområdet av det aml. § 14-13 er ment å ivareta, og som det er grunn til å la nytte godt av de mer liberale innleiereglene i aml. § 14-13.

Dersom virksomheten ikke leier ut som et alternativ til oppsigelse eller permittering, blir det spørsmål om virksomheten automatisk må anses for å ha til formål å drive utleie. Ettersom aml. § 14-13 også ivaretar innleievirksomhetens behov for etterspurt spisskompetanse⁹⁴, må det først vurderes om dette er begrunnelsen for den konkrete utleien. Virksomheten anses derfor ikke automatisk for å ha til formål å drive utleie dersom den ikke leier ut som et alternativ

⁹² Se oppgavens punkt 2

⁹³ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 50, som det er redegjort for i punkt 4.2.2

⁹⁴ Se oppgavens punkt 4.2.2

til oppsigelse eller permittering, men det må vurderes om utleien er begrunnet i et behov for etterspurt spisskompetanse. Dersom utleien er begrunnet i et behov for spisskompetanse, taler dette i utgangspunktet mot at virksomheten er et vikarbyrå.

Skjer derimot utleien med kommersielt siktemål og uavhengig av overskudd på arbeidskraft, er dette en sterk indikasjon på at virksomheten er et vikarbyrå.

4.4.6.4 Hvordan er utleieaktiviteten i virksomheten organisert?

I teorien har det blitt argumentert for at ettersom det skal foretas en helhetsvurdering av virksomhetens "art", må det være relevant å se nærmere på hvordan selve utleieaktiviteten er organisert i virksomheten.⁹⁵ I den forbindelse nevnes tre ulike måter utleieaktiviteten kan være organisert på, herunder som en selvstendig del av virksomheten, som en tilleggstjeneste til virksomhetens hovedbeskjeftigelse og som en forlengelse av en tjenesteleveranse.⁹⁶

Et ytterpunkt er der utleie skjer som en selvstendig del av virksomheten, slik at utleieaktiviteten utgjør et eget forretningsområde ved siden av virksomhetens egentlige hovedbeskjeftigelse. Virksomheten kan ha ansatte som bare sysselsettes innenfor utleieaktiviteten, og i tillegg kan leveransen av arbeidskraft skje til andre kundegrupper enn de man normalt leverer varer eller tjenester til gjennom hovedbeskjeftigelsen. Det må kunne legges til grunn at det skal mindre til før en slik virksomhet anses for å ha til formål å drive utleie. En slik type virksomhet likner i realiteten på den virksomhet de tradisjonelle vikarbyråene driver, og terskelen for at virksomheten skal anses for å ha til formål å drive utleie må derfor være lavere. Gjennom en slik organisering vil faren for uthuling av stillingsvernet ved at kundene leier inn arbeidstakere fra leverandøren i stedet for å ansette direkte i egen virksomhet være større.⁹⁷ I tillegg vil det kunne være større fare for omgåelse av de strengere innleiereglene i aml. § 14-12, ved at virksomheten lar vikarbyråaktiviteten nyte godt av de liberale innleiereglene i aml. § 14-13.

Et annet ytterpunkt er der virksomheten leier ut arbeidstakere i forlengelsen av en tjenesteleveranse som ligger innenfor virksomhetens hovedbeskjeftigelse. Virksomheten kan eksem-

⁹⁵ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-12 note 5, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

⁹⁶ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-12 note 5, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

⁹⁷ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-12 note 5, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

pelvis levere tjenester i flere faser, og leie ut arbeidstakere til kunden i de avsluttende fasene for at disse skal arbeide med de tjenester som er levert i den første perioden etter avslutningen av leveransen. En slik utleie fremstår som en integrert del av utleievirksomhetens hovedbeskjeftigelse, og er typisk begrunnet i kundens, det vil si innleievirksomhetens, behov for spisskompetanse, opplæring, oppfølging og kontroll med tjenesteleveransen. Utleien er for så vidt kommersiell i den forstand at utleievirksomheten tjener penger på den, hvilket kan tale for at virksomheten må anses for å ha til formål å drive utleie. Imidlertid fremstår utleien bare som en tilleggstjeneste til tjenesteleveransen begrunnet i kundes behov, og utleien utgjør derfor ikke et hovedpoeng for utleievirksomheten. Etter min mening skal det trolig en del til før virksomheten anses for å ha til formål å drive utleie dersom utleieaktiviteten er organisert på en slik måte.

En mellomkategori er der virksomheten primært driver egen næringsvirksomhet, men samtidig leier ut arbeidstakere som en tilleggstjeneste til de samme kundene som den leverer varer eller tjenester til. Utleieaktiviteten i en slik virksomhet fremstår som en ren "ekstraservice", men er samtidig ikke begrenset til å skje som ledd i en tjenesteleveranse.⁹⁸ Som et utgangspunkt må det kunne legges til grunn at det skal mer til før virksomheten anses for å ha til formål å drive utleie enn der utleien skjer som en selvstendig del av virksomheten, og mindre til før virksomheten anses for å ha til formål å drive utleie enn der utleien skjer i forlengelsen av en tjenesteleveranse.

Det kan stilles spørsmål ved hvor langt argumentet i teorien om at det i helhetsvurderingen må være relevant å vurdere hvordan utleieaktiviteten er organisert, rekker. Jeg er enig i at ordlyden virksomhetens "*art*" kan tolkes dit hen at det er relevant å vurdere momentet, ettersom momentet nettopp sier noe om arten av virksomheten. Det at forarbeidene inneholder nokså klare uttalelser om hvilke momenter som er relevante i helhetsvurderingen av virksomhetens art, kan imidlertid tilsi at momentet om organiseringen av utleieaktiviteten får liten betydning sammenliknet med disse. I samme retning taler det forhold at det ikke foreligger noen andre uttalelser i forarbeidene som indikerer at organiseringen av utleieaktiviteten er et relevant moment i helhetsvurderingen. Samtidig indikerer forarbeidenes bruk av ordet "*herunder*" at også andre momenter vil kunne være relevante og at slike momenter derfor stilles på lik linje

⁹⁸ Arbeidsrett.no (nettversjonen). § 14-12 note 5, skrevet av Anniken Astrup, hentet 18.01.14

med de forarbeidene stiller opp. Momentet om hvordan utleieaktiviteten er organisert kan derfor ikke få begrenset betydning utelukkende fordi det ikke fremgår av forarbeidene.

Hvor langt momentet rekker i helhetsvurderingen, vil derfor antakeligvis avhenge av om det avdekker andre forhold ved utleieaktiviteten enn det forarbeidenes momenter avdekker. Momentet bidrar til å avdekke hvordan utleieaktiviteten er organisert i den samlede virksomheten. Momentet atskiller seg dermed fra forarbeidenes momenter om utleiens omfang og hyppighet. Derimot har momentet likhetstrekk med forarbeidenes moment om hvor stor andel av virksomheten utleien utgjør, som legger opp til en vurdering av utleieaktiviteten sett i forhold til den samlede virksomheten. Det er imidlertid forskjeller mellom momentene. Mens momentet om hvordan utleieaktiviteten er organisert ser på utleieaktiviteten isolert og ikke legger opp til en sammenlikning med egenproduksjonen, legger forarbeidenes moment opp til en sammenlikning av henholdsvis utleieaktivitetens og egenproduksjonens økonomiske omfang. Momentet om hvordan utleieaktiviteten er organisert, er derfor bedre egnet til å avdekke forhold ved selve utleieaktiviteten ut over rent økonomiske aspekter. Selv om utleieaktiviteten økonomisk sett utgjør en mindre andel enn egenproduksjonen, kan utleievirksomheten være organisert på en slik måte at virksomheten vil kunne anses som et vikarbyrå. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle dersom utleieaktiviteten er organisert som en selvstendig del av virksomheten, og virksomheten derfor reelt sett har likhetstrekk med de tradisjonelle vikarbyråene. Organiseringen av utleieaktiviteten kan derfor bidra til å avdekke andre forhold ved utleieaktiviteten enn det forarbeidenes momenter avdekker, og vil derfor kunne ha like stor vekt i helhetsvurderingen som forarbeidenes momenter.

4.4.6.5 Hva definerer utleievirksomheten seg som?

Som nevnt i punkt 4.4.1 overfor, skal helhetsvurderingen bero på de reelle underliggende forhold. I forlengelsen av dette sier forarbeidene at det verken er avgjørende hvilket formål utleier selv legger til grunn for virksomheten eller at hovedformålet er et annet enn å drive utleie.⁹⁹ Det at dette ikke er "*avgjørende*", tilsier likevel at det i helhetsvurderingen kan være relevant å undersøke nærmere hva virksomheten definerer seg som. I den forbindelse er det særlig grunn til å undersøke om virksomheten er registrert som bemanningsforetak i henhold til forskriften om bemanningsforetak.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 44

Forskriften gjelder for bemanningsforetak som skal drive virksomhet i Norge. Med "*bemanningsforetak*" menes i forskriften "*virksomhet som har til formål å drive utleie av arbeidskraft*", jf. forskriften § 1. Forskriften retter seg følgelig bare mot virksomheter som omfattes av aml. § 14-12, og ikke virksomheter som omfattes av aml. § 14-13. I forskriften § 5 oppstilles et krav om at bemanningsforetak som skal drive virksomhet i Norge, skal sende melding til Arbeidstilsynet. I henhold til forskriften § 6 skal Arbeidstilsynet opprette og føre et register over bemanningsforetak som har oppfylt meldeplikten etter § 5. Opplysningene som er innført i registeret skal være offentlig tilgjengelige. Spørsmålet i det følgende er hvilken betydning det har at virksomheten har registrert seg som et bemanningsforetak.

Det forhold at en virksomhet registrerer seg som et vikarbyrå, er en sterk indikasjon på at virksomheten selv definerer seg som dette. Som et utgangspunkt taler dette for at virksomheten har til formål å drive utleie. Et spørsmål er imidlertid om det alltid er slik at en virksomhet registrerer seg som et vikarbyrå fordi den selv definerer seg som dette, eller om det kan tenkes andre årsaker til registreringen. Rettsvirkningen av manglende registrering er at innleie fra det aktuelle vikarbyrået er ulovlig, jf. forskriften § 10. Det er innleievirksomheten som har risikoen for om utleievirksomheten er et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift.¹⁰⁰ Innleievirksomheten har derfor også risikoen for at utleievirksomheten registrerer seg som et vikarbyrå. En alternativ årsak til registreringen kan dermed være at innleievirksomheten krever dette, slik at den dermed sikrer seg dokumentasjon på at utleievirksomheten er et vikarbyrå og at innleien er lovlig. I så fall kan det foreligge en situasjon der en virksomhet registrerer seg utelukkende fordi kontraktsparten krever dette, men uten at virksomheten selv definerer seg som et vikarbyrå. I en slik situasjon er registreringen ikke en indikasjon på at virksomheten definerer seg som dette, og derfor heller ikke et tungtveiende moment for at virksomheten må anses for å ha til formål å drive utleie.

Hvilken betydning det har at virksomheten er registrert som vikarbyrå, kan derfor variere avhengig av om registreringen skjer fordi den selv definerer seg som et vikarbyrå eller om registreringen bare skjer fordi kontraktsparten krever dette.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 70 (1998-1999) s. 51

4.4.7 Forholdet mellom momentene i helhetsvurderingen

Enkelte uttalelser i forarbeidene står i et visst motsetningsforhold til hverandre ved at de angir ulike terskler for når en virksomhet må anses for å ha til formål å drive utleie. Uttalelsen i forarbeidene om at aml. § 14-13 omfatter "*sporadisk*" utleie, kan isolert sett tolkes dit hen at virksomheten blir et vikarbyrå i det øyeblikk den leier ut mer enn på sporadisk basis. I så fall skal det svært lite til før en virksomhet går fra å være en produksjonsbedrift til å bli et vikarbyrå, og terskelen for når en virksomhet må anses for å ha til formål å drive utleie er derfor i henhold til denne uttalelsen lav. Uttalelsen om at det skal foretas en "*helhetsvurdering av virksomhetens art*", innebærer imidlertid at uttalelsen om "*sporadisk*" utleie ikke kan tas på ordet. Anvisningen på en helhetsvurdering legger dermed opp til en høyere terskel for når en virksomhet anses for å ha til formål å drive utleie, og bidrar derfor til å heve terskelen i forhold til uttalelsen om sporadisk utleie. Også ordlyden i aml. § 14-13 tilsier at det skal mye til før en virksomhet anses som et vikarbyrå, idet ordlyden isolert sett indikerer at virksomheten er en produksjonsbedrift dersom vilkårene er oppfylt. Uttalelsene i forarbeidene om at vilkårene bare er minimumskrav og anvisningen på en helhetsvurdering, indikerer derimot en lavere terskel, slik at terskelen senkes i forhold til ordlyden i aml. § 14-13. Det at disse uttalelsene angir dels ulike terskler for når en virksomhet må anses for å ha til formål å drive utleie, kan være en indikasjon på at terskelen vil variere i hvert enkelt tilfelle avhengig av hvilke andre momenter som gjør seg gjeldende.

For eksempel vil en virksomhet som leier ut arbeidstakere som alternativ til oppsigelse eller permittering antakeligvis kunne leie ut i et større omfang, hyppighet og andel av virksomheten uten at virksomheten må anses som et vikarbyrå. Terskelen for når virksomheten må anses for å ha til formål å drive utleie vil derfor ligge relativt høyt i et slikt tilfelle. Dersom virksomheten derimot leier ut uavhengig av overskudd på arbeidskraft og med kommersielt siktemål, blir terskelen for når virksomheten anses for å ha til formål å drive utleie lavere.

Dersom ansettelsesforholdet mellom den utleide arbeidstakeren og utleier innebærer at arbeidstakeren ikke har en genuin fast ansatte, ikke får lønn mellom utleieoppdrag og/eller er ansatt utelukkende for å leies ut, og arbeidstakeren derfor har behov for det vern som ligger i at utleier er et vikarbyrå, er terskelen for når virksomheten må anses for å ha til formål å drive utleie antakeligvis lavere. Virksomheten kan derfor bare leie ut i et lite omfang, hyppighet og andel av virksomheten for ikke å anses som et vikarbyrå.

Dersom en virksomhet har organisert utleieaktiviteten som en selvstendig del av virksomheten, og sysselsetter enkelte ansatte utelukkende innenfor utleieaktiviteten, skal det antakeligvis mindre til før virksomheten anses for å ha til formål å drive utleie ettersom virksomheten likner på den type virksomhet de tradisjonelle vikarbyråene driver. Dersom utleieaktiviteten derimot skjer i forlengelsen av en tjenesteleveranse, kan virksomheten antakeligvis leie ut i et større omfang, hyppighet og andel av virksomheten uten at virksomheten anses som et vikarbyrå.

4.5 Skal det foretas en individualisert eller generell vurdering av virksomhetens formål?

Jeg har til nå drøftet hvilke momenter som er relevante i helhetsvurderingen av om en virksomhet har til formål å drive utleie. Det neste spørsmålet som reiser seg er om det skal foretas en individualisert eller generell vurdering av virksomhetens formål. Mer presist blir spørsmålet om det skal foretas en individualisert vurdering slik at en virksomhet kan anses for å være et vikarbyrå i relasjon til én arbeidstaker, mens den i relasjon til en annen arbeidstaker kan anses for å være en produksjonsbedrift, eller om det skal foretas en generell vurdering av virksomhetens formål som gjelder for samtlige arbeidstakere.

Ordlyden i aml. § 14-12 gir ingen veiledning, og spørsmålet er ikke berørt i forarbeidene. I Rt. 2013 s. 1730¹⁰¹ stiller Høyesterett det rettslige spørsmålet slik: "*Spørsmålet for Høyesterett er da om As arbeidsforhold i Statoil omfattes av aml. § 14-12 eller av § 14-13*".¹⁰² Vurderingen av virksomhetens formål knyttes til utleien av den aktuelle arbeidstakeren, og retten kommer til at utleien av arbeidstakeren omfattes av aml. § 14-12. Høyesterett foretar altså en individualisert vurdering som leder til at virksomheten i relasjon til den aktuelle arbeidstakeren anses som et vikarbyrå. Dommen er derfor et argument for at det skal foretas en individualisert vurdering av virksomhetens formål, slik at virksomheten i relasjon til én arbeidstaker anses som et vikarbyrå, mens den i relasjon til en annen kan anses for å være en produksjonsbedrift.

¹⁰¹ Dommen er gjennomgått nærmere i punkt 4.4.6.2

¹⁰² Avsnitt 31

Et spørsmål blir da om det alltid skal foretas en slik individualisert vurdering av virksomhetens formål, eller om det i andre tilfeller kan tenkes at det skal foretas en generell vurdering.

Høyesterettsdommen er den første og foreløpig eneste som behandler spørsmålet om et innleieforhold omfattes av aml. § 14-12 eller § 14-13. Dette kan tilsi at dommen vil legge føringer for senere saker om samme spørsmål, slik at det alltid skal foretas en individualisert vurdering. Høyesterett gir imidlertid ingen begrunnelse for hvorfor den foretar en slik individualisert vurdering. Saksforholdet er svært spesielt, og det er derfor relevant å undersøke om den individualiserte vurderingen er et resultat av dette. Som begrunnelse for at innleieforholdet omfattes av aml. § 14-12, viser retten til at utleien av arbeidstakeren var initiert av og begrunnet i innleievirksomhetens behov. I tillegg viser retten til at arbeidstakeren ikke hadde passende arbeidsoppgaver i utleievirksomheten å gå tilbake til. Arbeidstakeren hadde derfor behov for den beskyttelse som ligger i at utleier er et vikarbyrå. Grunnen til at Høyesterett foretar en slik individualisert vurdering kan derfor ligge i det spesielle saksforholdet og at arbeidstakeren hadde et særskilt vernebehov. Det kan derfor være grunn til å undersøke om en generell vurdering kan være et alternativ til en individualisert vurdering.

En generell vurdering av virksomhetens formål vil innebære at det skal foretas én enkelt vurdering av virksomhetens formål som vil gjelde for samtlige arbeidstakere som leies ut. En slik vurdering har den fordel at den gir mer forutsigbarhet for utleievirksomheten, ettersom resultatet av vurderingen av virksomhetens formål vil gjelde for samtlige utleieforhold. Samtidig kan det være store variasjoner mellom de enkelte utleieforhold, og ved en generell vurdering mister man disse nyansene. For eksempel vil en virksomhet kunne drive utleie i et lite omfang, hyppighet og andel av virksomheten totalt sett og derfor i utgangspunktet anses som en produksjonsbedrift, men samtidig drive forretningsmessig utleie av enkelte arbeidstakere. En generell vurdering kan derfor lettere lede til omgåelse av innleiereglene, blant annet til kravet til likebehandling i aml. § 14-12 a som bare gjelder der utleievirksomheten er et vikarbyrå. Ved en individualisert vurdering fanger man lettere opp slike forsøk på omgåelser. Dette kan tyde på at en individualisert vurdering av virksomhetens formål er det beste alternativet, og at dette er grunnen til at Høyesterett foretar en slik vurdering.

Det blir likevel spørsmål om en slik individualisert vurdering lar seg gjennomføre i alle sammenhenger. Særlig er det aktuelt å vurdere hvordan en virksomhet skal forholde seg til regi-

streringskravet i forskriften om bemanningsforetak og likebehandlingsreglene når det skal foretas en slik individualisert vurdering.

Når det gjelder registreringskravet, vil en individualisert vurdering kunne innebære at virksomheten må registrere seg som bemanningsforetak i relasjon til utleie av enkelte arbeidstakere, men ikke i relasjon til utleie av andre. Forskriften om bemanningsforetak åpner imidlertid ikke for at en virksomhet kan registrere seg bare i relasjon til enkelte arbeidstakere. Dersom en virksomhet først anses som et bemanningsforetak i relasjon til enkelte arbeidstakere, må den oppfylle registreringskravet og den innføres dermed i det offentlig tilgjengelige bemanningsregisteret. Det vil derfor være praktisk umulig for virksomheten å forholde seg til registreringskravet i en slik individualisert vurdering. En generell vurdering fremstår da som et mer egnet alternativ, ettersom vurderingen av virksomhetens formål vil gjelde for samtlige arbeidstakere. Dersom vurderingen tilsier at virksomheten anses som et vikarbyrå, må den oppfylle registreringskravet som dermed gjelder for samtlige utleieforhold.

Når det gjelder likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c, vil en individualisert vurdering kunne innebære at virksomheten må oppfylle reglene i relasjon til enkelte arbeidstakere, men ikke i relasjon til andre. I motsetning til slik situasjonen er for registreringskravet, har en individualisert vurdering mer for seg når det gjelder likebehandlingsreglene. Et av hovedformålene med vikarbyrådirektivet, som likbehandlingsreglene gjennomfører, er i henhold til artikkel 2 å beskytte innleide arbeidstakere og å forbedre kvaliteten på vikararbeid. Det viktigste virkemidlet for å oppnå denne målsettingen er innføringen av prinsippet om likebehandling mellom vikarbyråansatte og ansatte hos innleievirksomheten, som i norsk rett er gjennomført i aml. § 14-12 a. Prinsippet innebærer at innleide arbeidstakere som er ansatt i et vikarbyrå, skal sikres tilsvarende arbeids- og ansettelsesvilkår som om de var fast ansatt hos innleievirksomheten. Et sentralt siktemål er derfor å gi vikarbyråansatte et særskilt vern. Dersom det foretas en generell vurdering og denne leder til at virksomheten anses som en produksjonsbedrift, kan virksomheten likevel anses som et vikarbyrå i relasjon til andre ansatte som derved mister det særlige vern som likebehandlingsreglene gir. For at slike ansatte skal oppnå den beskyttelse som disse reglene gir, må vurderingen derfor bli individualisert.

Samlet taler de beste grunner etter mitt syn for at det skal foretas en individualisert vurdering av virksomhetens formål. Når det gjelder registreringskravet, vil en slik individualisert vurde-

ring imidlertid være praktisk umulig, og et alternativ er at vurderingen i relasjon til dette kravet er generell.

5 De lege ferenda

Hvis det utelukkende tas utgangspunkt i ordlyden i aml. § 14-13, vil en virksomhet ikke anses for å være et vikarbyrå dersom utleien omfatter mindre enn 50 % av de fast ansatte og skjer innenfor utleierens hovedbeskjeftigelse. Lovgiver har imidlertid utfylt bestemmelsens virkeområde gjennom en anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering av virksomhetens art i forarbeidene. Denne helhetsvurderingen kan medføre at virksomheten må anses for å være et vikarbyrå, på tross av at vilkårene i aml. § 14-13 er oppfylt. For å få en helhetlig oversikt over bestemmelsens virkeområde, og dermed ha bedre forutsetninger for å ta stilling til spørsmålet om virksomheten har til formål å drive utleie, er det derfor nødvendig å gå inn i forarbeidene. Det kan stilles spørsmål ved hvorvidt en slik lovgivningsteknikk er hensiktsmessig.

Hensynet til kortfattede og enkle lovtekster tilsier at lovtekster ikke bør presiseres i for stor grad.¹⁰³ Dersom lovtekster presiseres ned på detaljnivå, vil de lett bli tungleste, uoversiktlige og ordrike.¹⁰⁴ Forarbeidene kan bidra til å utdype lovtekstene, og derfor veie opp for at lovtekstene ikke er så presise. Isolert sett tilsier dette at en lovgivningsteknikk som i det foreliggende tilfellet, ivaretar hensynene til både enkelhet og presisjon. I dette tilfellet er det imidlertid ikke tale om at forarbeidene utdyper lovteksten i aml. § 14-13. Forarbeidene oppstiller derimot en helhetsvurdering som ikke kan leses ut av lovteksten, og som i mange tilfeller vil ha avgjørende betydning for spørsmålet om virksomheten har til formål å drive utleie. Hensynet til enkelhet kan neppe veie opp for denne lovgivningsteknikken. Lovgiver kunne inntatt én enkelt setning i lovteksten der det fremgår at vilkårene i aml. § 14-13 bare er minimumskrav, og at det vil bero på en helhetsvurdering av virksomhetens art hvorvidt virksomheten skal anses for å ha til formål å drive utleie, uten at lovteksten derved hadde blitt for tunglest, uoversiktlig og ordrik.

Forarbeider er heller ikke så lett tilgjengelige, og det kreves en viss trening i å finne frem til de stedene i forarbeidene som er av interesse. For innleievirksomheten, som har risikoen for om utleievirksomheten oppfyller vilkårene for å være en produksjonsbedrift, kan en slik lovgivningsteknikk skape store problemer dersom innleier ikke finner frem til de aktuelle uttalel-

¹⁰³ Eckhoff (2001) s. 63

¹⁰⁴ Eckhoff (2001) s. 63

sene i forarbeidene. Innleier kan ha foretatt omfattende undersøkelser med hensyn til om utleier oppfyller vilkårene i aml. § 14-13, men likevel risikere at den innleide arbeidstakeren kan kreve fast ansettelse hvis helhetsvurderingen ville ledet til et annet resultat. Alternativt må innleier engasjere juridisk ekspertise for å utrede spørsmålet om utleievirksomheten tilfredsstiller vilkårene for å være en produksjonsbedrift, som vil kunne medføre store kostnader for virksomheten. Hensynet til tilgjengelighet tilsier derfor at denne formen for lovgivningsteknikk er lite hensiktsmessig. I tillegg kan forutsigbarhetshensynet tale for at det lovgiver vil si om det aktuelle rettsområdet, bør sies i selve loven og ikke være mer utilgjengelig og mer eller mindre skjult i forarbeidene. Også hensynet til forutsigbarhet taler derfor at denne formen for lovgivningsteknikk er lite hensiktsmessig.

Det har stor betydning om en virksomhet er et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift, ettersom både vilkårene for innleie og rettsvirkningene ved ulovlig innleie er grunnleggende forskjellig, og likebehandlingsreglene bare gjelder der utleier er et vikarbyrå. Det vil derfor være en fordel om virkeområdet til aml. § 14-13 reguleres uttømmende i ordlyden. Særlig hensynene til en viss grad av presisjon, tilgjengelighet og forutsigbarhet taler for at den lovgivningsteknikk som er benyttet i dette tilfellet, er lite hensiktsmessig.

6 Avsluttende betraktninger

Skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter synes å bli mer uklart ved at mange virksomheter på samme tid driver både egenproduksjon og utleieaktivitet i varierende grad, og at fordelingen mellom egenproduksjon og utleieaktivitet varierer over tid og derfor ikke er statisk. Det vil dermed ofte være vanskelig å avgjøre om en virksomhet skal anses som et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift.

Denne oppgaven viser at selve helhetsvurderingen som skal foretas for å avgjøre om en virksomhet er et vikarbyrå eller en produksjonsbedrift, er kompleks og vanskelig. De momentene som forarbeidene lister opp som relevante i helhetsvurderingen, er skjønnspregede og de er heller ikke utdypet nærmere i forarbeidene. Samtidig viser denne oppgaven at også andre momenter vil kunne være relevante, slik at det til sammen foreligger en rekke momenter som virksomheten må forholde seg til. I tillegg gir avgjørelsen i Rt. 2013 s. 1730 et eksempel på en vid tolkning av hva som anses som et vikarbyrå. En typisk produksjonsbedrift ble av Høyesterett ansett som et vikarbyrå fordi det aktuelle innleieforholdet ble ansett for å ligge så langt utenfor det som aml. § 14-13 er ment å ivareta at reglene for vikarbyrå i aml. § 14-12 måtte få anvendelse.

Denne vanskelige vurderingen innebærer antakeligvis at mange virksomheter anses som vikarbyråer uten at de selv er klar over det. For virksomheter som rettslig sett må anses som vikarbyråer, men som feilaktig anser seg som produksjonsbedrifter, kan det ha store konsekvenser. Som det er redegjort for i punkt 1.2.2, er det strengere vilkår for innleie fra vikarbyråer. Innleie fra vikarbyråer kan bare skje dersom vilkårene for midlertidig ansettelse er oppfylt. Dersom vilkårene ikke er oppfylt, kan innleievirksomheten risikere at innleid arbeidstaker får krav på fast ansettelse, eventuelt erstatning. Ettersom likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c bare gjelder ved innleie fra vikarbyrå, kan vikarbyrået på grunn av likebehandlingsprinsippet i aml. § 14-12 a risikere å måtte betale den utleide arbeidstakeren differansen mellom mottatt lønn og det vedkommende ville fått som ansatt i innleievirksomheten.

Den strenge reguleringen av innleie fra vikarbyråer gjennom de særskilte vilkårene og likebehandlingsreglene, tilsier at det ikke bør være uklart hvilke virksomheter som omfattes av reglene. Det vil derfor etter min mening være hensiktsmessig om lovgiver endrer regelverket slik at det legges tydeligere føringer på når en virksomhet anses som et vikarbyrå som omfattes av

aml. § 14-12 og når en virksomhet anses som en produksjonsbedrift som omfattes av aml. § 14-13.

Under arbeidet med denne oppgaven har det vært vanskelig å finne rettskilder som behandler mer kompliserte spørsmål i relasjon til skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter. Foreløpig foreligger det som nevnt tidligere bare én Høyesterettsavgjørelse om skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter. Dommen er konkret begrunnet, og det tas for eksempel ikke stilling til hvordan vilkårene i aml. § 14-13 eller momentene i helhetsvurderingen skal forstås. Med innføringen av de nye likebehandlingsreglene i aml. §§ 14-12 a til 14-12 c er det imidlertid grunn til å tro at det i årene fremover vil komme flere saker om dette. Det foreligger en del juridisk litteratur om innleiereglene, men når det spesielt gjelder skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter preges deler av litteraturen av bare å sitere forarbeidsuttalelser. Den mest sentrale rettskilden i denne oppgaven har derfor vært forarbeider. De mest relevante forarbeidene er skrevet i forbindelse med opphevelsen av utleieforbudet og innføring av innleiereglene i 2000, og gir en inngående redegjørelse for hvordan skillet mellom vikarbyråer og produksjonsbedrifter skal trekkes. Forarbeidene behandler imidlertid bare i liten grad hvordan vilkårene i aml. § 14-13 skal forstås, og gir ingen nærmere veiledning med hensyn til hvordan momentene som trekkes frem som relevante i helhetsvurderingen, skal forstås. Det sparsomme rettskildematerialet har derfor gjort at enkelte problemstillinger i denne oppgaven ikke har kunnet besvares med en klar konklusjon.

7 Litteraturliste

7.1 Lover og forskrifter

1947	Lov om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) av 27. juni 1947 nr. 9 (opphevet)
1977	Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet)
1983	Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars 1983 nr. 3
2004	Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) av 10. desember 2004 nr. 76
2005	Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
2012	Lov om endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere mv.) av 22. juni 2012 nr. 33
1972	Forskrift om unntak fra forbudet mot utleie av arbeidskraft av 20. april 1972 nr. 643 (opphevet)
1983	Forskrift om unntak fra forbudet mot utleie av arbeidskraft av 11. mars 1983 nr. 643 (opphevet)
2008	Forskrift om bemanningsforetak av 4. juni 2008 nr. 541

7.2 EU-direktiver

EP/Rdir	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/104/EF af 19. november
2008/104 EF	2008 om vikararbejde

7.3 Rettspraksis

Rt 2013 1730	Høyesteretts dom av 20. desember 2013
LG-2012-25739	Gulating lagmannsretts dom av 7. januar 2013

7.4 Forarbeider

NOU 1998: 15

Arbeidsformidling og arbeidsleie

NOU 2004: 5

Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 53 (1970-1971)

Om lov om endringer i lov av 27. juni 1947 om tiltak til å fremme sysselsetting

Ot.prp. nr. 70 (1998-1999)

Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v., i lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. og i lov 27. juni 1947 nr. 9 om tiltak til å fremme sysselsetting

Ot.prp. nr. 56 (2006-2007)

Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (innleie, påseplikt for oppdragsgivere og innsynsrett for tillitsvalgte mv.)

Prop. 74 L (2011-2012)

Endringer i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven mv. (likebehandling ved utleie av arbeidstakere og tiltak i den forbindelse mv.)

7.5 Juridisk litteratur

Eckhoff, Torstein

Rettskildelære. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001

Fougner, Jan ... [et al].

Arbeidsmiljøloven kommentarutgave. 2. utgave. Oslo, 2013

Jakhelln, Henning ... [et.al].

Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven. Nettversjonen. Cappelen Damm Akademisk. Kommentarer til aml. §§ 14-12 og 14-13 av Anniken Astrup, skrevet ut 18. januar 2014.

Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.)

Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis. 1. utgave. Oslo, 2011

Skarning, Nicolay

Midlertidige ansettelser, innleie og vikarbyrådirektivet. 1. utgave. Oslo, 2013

7.6 Andre kilder

Econ Pöyry

Bemanningsbransjen. Struktur, utvikling og rolle.

Rapport 2009-083. Utarbeidet for Arbeids- og Inkluderingsdepartementet. Oslo, 2009